Über den gutgläubigen Erwerb eines gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Inhaberpapieres durch einen Bankier nach § 367 HGB.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Heinrich Hoseus
Gerichtsreferendar aus Monzingen a. d. Nahe

Marburg 1933

Buchdruckerei Erich Teuber, Dortmund, Märkischestraße 7

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 1. 2. 1933.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Manigk

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN
IN DANKBARKEIT GEWIDMET.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Der Schutz des guten Glaubens

a. im früheren Recht 1
b. im geltenden Recht 5

II. Begriff des guten Glaubens

a. grobe Fahrlässigkeit. 11
b. Tatsachen- und Rechtsirrtum. 14

III. Die Sonderregel des § 367 HGB.

a. Voraussetzungen.

1. Erwerb eines Inhaberpapieres nach den Grundsätzen des Sachenrechts. 15
2. Der Bankier als Erwerber. 19
3. Ein abhanden gekommenes Inhaberpapier als Gegenstand des Erwerbs 22
4. Die Bekanntgabe des Verlustes im Reichsanzeiger und in anderen Blättern. 32
5. Zeitliche Begrenzung der Wirkung der Bekanntmachungen. 40

b. Wirkung der Bekanntmachung im Reichsanzeiger nach § 367 HGB.

1. Die Vermutung des schlechten Glaubens. 47
2. Besondere Umstände des § 367 Abs. 2 HGB. 56

c. Wirkung der Bekanntmachung auf die in § 367 Abs. 3 HGB. genannten Papiere. 60

d. Erwerb durch den Bankier als Kommissionär und Vertreter einer nicht unter § 367 HGB. fallenden Person. 61

IV. Schluß.

Wirkung der Vorschrift des § 367 HGB. auf den außervertraglichen Erwerb. 63

Literaturverzeichnis.

Bankarchiv, Jahrgang 1902/03.
Bauers Zeitschrift.
Biermann: Sachenrecht, 2. Aufl. 1903.
Binding: Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer nach BGB. §§ 932—935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, 1908.
Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Bonschab: Die Artikel 306 und 307 des älteren Handelsgesetzbuches nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung Bd. 63.
Brunner: Die Wertpapiere in Endemanns Handbuch, Bd. II.
Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 3. Aufl. 1901.
— Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl. 1910.
Denkschrift zum BGB.
Dernburg: Pandekten, 5. Aufl. 1896.
— Sachenrecht, 4. Aufl. 1908.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1910.
Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, 1. Abt.
Eitel: Beiträge zur Lehre von den Inhaberpapieren, Diss. Leipzig 1907.
Endemann: Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1881—85.
— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Handbuch des Bürgerlichen Rechts, 9.—11. Aufl. 1913.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Fuld: Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht, im Arch. für zivilistische Praxis Bd. 89.
Gareis: Lehrbuch des Handelsrechts, 1909.
v. Gierke, J.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 2. Aufl. 1926.
v. Gierke, O.: Deutsches Privatrecht, Bd. II, 1905.
— Die Wertpapiere im österreichischen Zentralblatt für die juristische Praxis, Bd. 23.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts.
Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge 1900.
Hahn u. Mugdan: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.
Heck: Grundriß des Schuldrechts (1929).
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts, 1886.
Holdheim: Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
Hoppenstedt: Die Haftbarkeit des Bankiers bei gestohlenen Wertpapieren, 1900.

Jacobi: Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht des Deutschen Reichs, 1901.
— Die Wertpapiere in Ehrenbergs Handbuch Bd. IV 1.
— Die Theorie der Willenserklärungen, 1910.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Klausing: Wechsel- und Scheckrecht, Berlin 1930.
Kommissionsberichte über den Entwurf eines BGB.
Kommissionsberichte über den Entwurf eines HGB.
Kuntze: Die Lehre von den Inhaberpapieren, 1857.
Levy: Die Voraussetzungen des gutgläubigen Fahrniserwerbs nach §§ 932—936 des Bürgerlichen Gesetzbuches und §§ 366, 367 des HGB., Diss. Freiburg 1902.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft (ihre Bedeutung und ihre Behandlung nach bürgerlichem Gesetzbuch) Berlin 1907.
— Irrtum und Auslegung, zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung Berlin 1918.
— „Juristische Tatsachen" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 5 S. 847 ff.
— „Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht" in Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd. 2 S. 590 ff.
Merk: „Die Entwicklung der Fahrnisverfolgung im französischen Recht" in Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht Jahrg. 7.
Meyer, H.: Das Publizitätsprinzip, 1909.
— Das Akzept, 1918.
Motive zum Entwurf eines BGB.
Oertmann: Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen, Bd. I und II, 1910.
Planck: Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 3. Aufl. 1908 und 4. Aufl. 1920.
Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Regelsberger: Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten in Iherings Jahrbuch, Bd. 47.
Reichel: Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb in Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 42.
Ritter: Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts, Berlin 1900.
Salomon u. Brock: Zur Frage des Schutzes gegen den Erwerb aufgerufener Wertpapiere im Bankarchiv Bd. II.
v. Savigny: Das Obligationsrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. II, 1853.
Scherer: Recht der Schuldverhältnisse des BGB. für das deutsche Reich, Bd. II, 1898.
Schlegel: Abhanden gekommene Inhaberpapiere nach § 367 HGB. Diss. Leipzig, 1920.
Schultze: Publizität und Gewährschaft im Deutschen Fahrnisrecht, in Iherings Jahrbuch Bd. 49.
Seuffert: Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
— Blätter für Rechtsanwendung.
Souchay: Ueber die Natur der auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 10.
Spielmann: Rechtsnatur und Behandlung der Inhaberpapierobligation. Diss. Marburg 1932.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1927.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB. 7/8. Aufl., 1912.
Thöl: Das Handelsrecht, Bd. II, 5. Aufl. 1876.
Unger: Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, 1857.

Weissler: Im preußischen Archiv Bd. 99, 49.
Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände, 1906.
Wendt: Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 87.
— Erwerb vom Nichtberechtigten im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 89.
Wickmann: Der Schutz des guten Glaubens im Handels- und Wechselrecht, Diss. Straßburg, 1912.
Wolff, M.: Der Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten in Ehrenbergs Handbuch, Bd. IV, 1.
Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt.

I. Der Schutz des guten Glaubens.

a) Im früheren Recht.

Die Regelung des gutgläubigen Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer ist gerade heute bei unserem hoch entwickelten wirtschaftlichen Verkehr eines der schwierigsten Probleme unserer Gesetzgebung. Der gutgläubige Erwerber, der von einem Nichtberechtigten, dem vermeintlich Berechtigten erwirbt, gerät in einen Konflikt, mit dem wirklich Berechtigten; es entsteht zwischen beiden eine Interessenkollision, deren Lösung ohne Preisgabe wesentlicher und an sich schutzbedürftiger Interessen auf der einen oder anderen Seite unmöglich ist. Der Gesetzgeber muß daher eine Regelung finden, die sowohl dem Verkehrsbedürfnisse der Zeit Rechnung trägt, die aber auch mit dem Rechtsgefühl und der Rechtslogik möglichst in Einklang steht, „denn höher als alle Wirtschaft steht die Ethik, höher als alle Nützlichkeit steht das Gerechte“ [1]).

Bei der Lösung dieser schwierigen Aufgabe stehen dem Gesetzgeber verschiedene Wege offen. Entweder läßt er seinen Schutz dem wirklich Berechtigten zukommen, indem er der Verfügung eines Nichtberechtigten jede Wirkung versagt, ein Standpunkt, der der Rechtslogik des römischen Rechts entspricht, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat. Oder er kann die Interessen des Erwerbers wahrnehmen und die beabsichtigten Rechtswirkungen trotz des Mangels im Rechte des Verfügenden zugunsten des neuen Erwerbers voll eintreten lassen. Dieser Grundsatz, der auf einem alten deutschen Rechtsgedanken: „Hand muß Hand wahren“ beruht, will das begründete Vertrauen des Erwerbers auf die vorhandene Rechtslage schützen; er entspricht am meisten den Bedürfnissen und der Sicherheit des Verkehrs. Er stellt die Sicherheit des Rechtserwerbs höher als die des Rechtsbestandes; das Interesse des Einzelnen muß sich dem Interesse der Allgemeinheit unterordnen, wenn es auch hierdurch beschränkt und eingeengt wird [2]).

Beide Lösungen weisen ihre Nachteile auf, da der Schutz der einen Seite sich nur auf Kosten der anderen Seite ermöglichen läßt. Natürlich war eine Ausgleichung dieser beiderseitigen Nachteile der sich aus den starren Prinzipien ergebenden Härten

1) Reichel in Grünhuts Ztschr. Bd. 42 S. 176.
2) Hachenburg, Vorträge S. 130.

möglich. Infolge einer Reihe von Ausnahmen hat daher die Gesetzgebung je nach der Kulturstufe der staatlichen Gemeinwesen und den Verkehrsverhältnissen in der alten und neuen Zeit einen billigen Ausgleich zu finden gewußt und einen mehr oder weniger vermittelnden Standpunkt nach der einen oder anderen Seite hin eingenommen. So kommt es, daß wir im Laufe der Zeit die verschiedensten Regelungen dieses Rechtsinstitutes antreffen.

Im römischen Recht galt der strenge Grundsatz: „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet“ [3]). Der Eigentumserwerb war selbst ohne jegliches Verschulden des Erwerbers ausgeschlossen, der Eigentümer konnte ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden an dem Verlust seiner Sache dieselbe von jedem Erwerber mit der rei vindicatio herausfordern. Diese Eigentumsklage des römischen Rechts hatte gegen jedermann absolute Wirkung: „ubi rem meam ivenio, ibi vindico“. Gemildert wurde dieser strenge Grundsatz allerdings durch das Rechtsinstitut der Ersitzung, das den Erwerb von Eigentum durch gewissen Zeitablauf auch vom Nichteigentümer zuließ[4]).

Das ältere deutsche Recht stellt dagegen die Sicherheit und das Interesse des Verkehrs mehr in den Vordergrund und läßt demgegenüber die Unantastbarkeit des Eigentums mehr zurücktreten. Der strenge Grundsatz des römischen Rechts findet hier nur auf die abhanden gekommenen Sachen Anwendung. Das deutsche Recht unterscheidet zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust und nur bei letzterem konnte der Eigentümer mit der Anefangsklage die Sache von jedem Erwerber, auch dem gutgläubigen, herausfordern. Ursprünglich konnte zur Wiedererlangung einer beweglichen Sache nur auf die Behauptung hin geklagt werden, die Sache sei geraubt oder gestohlen. Allmählich wurde diese Klage aber auch auf den Fall ausgedehnt, daß die Sache verloren oder überhaupt dem Besitzer ohne seinen Willen entgangen war[5]). Hatte er dagegen die Sache freiwillig aus der Hand gegeben, so konnte er sie nur von den Personen, denen er sie freiwillig übergeben hatte, (z. B. dem Mieter, dem Entleiher, dem Verwahrer usw.) wieder zurückfordern. Hier galt der Grundsatz: „Hand wahre Hand“ oder „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da mußt du ihn wieder suchen“ [6]). Der Dritte mußte sich auf denjenigen, dem der

---

3) Eine unerhebliche Ausnahme von diesem Grundsatz bestand nur in der Ausdehnung der vom Fiskus, dem Regenten und seiner Gemahlin veräußerten Sachen, die von der gemeinrechtlichen Praxis auf die Veräußerung vom Fiskus beschränkt wurde. Siehe Dernburg, Pandekten, Bd. I § 212, ferner Dernburg, Sachenrecht Bd. III, S. 333.

4) Siehe Dernburg, Pandekten, Bd. I § 216.

5) Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 349.

6) Siehe Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. II S. 212 ff.

Eigentümer den Besitz seiner Sache anvertraut hatte, insoweit verlassen können, als er annehmen durfte, daß, wenn jener über die Sache verfügte, dazu auch berechtigt war. Zwar erwarb der Dritte kein Eigentum an der so erworbenen Sache, aber eine gegen Angriffe des Eigentümers gesicherte Besitzposition[7]). Aber auch dieser Grundsatz der Verfolgbarkeit der unfreiwillig aus seinen Besitz gekommenen Sachen durch den Eigentümer, hatte zugunsten des Beklagten einige Ausnahmen erfahren. Gewisse Sachen wurden privilegiert und konnten nicht herausverlangt werden, so erbeutete Sachen, auf gemeinem Markt gekaufte und nach dem Recht der Hansastädte auch über See gekommene Sachen. Jüdische Kaufleute, die im guten Glauben Sachen gekauft oder zu Pfand genommen hatten, brauchten dieselben, auch wenn sie gestohlen waren, nur gegen Erstattung des Kaufpreises herauszugeben.

Während das gemeine Recht dann im wesentlichen wieder die römich-rechtlichen Grundsätze recipiert hatte, haben die neueren Gesetzgebungen wieder das deutsch-rechtliche Prinzip aufgenommen. Sie haben den Grundsatz der Ablehnung des Rechtserwerbs bei abhanden gekommenen Sachen übernommen und sind darüber hinaus dazu übergegangen, den Dritten nicht nur gegen den bisherigen Eigentümer eine gegen dessen Angriffe gesicherte Besitzposition, sondern eine vollgültige und gleiche Rechtsstellung zu verschaffen.

Das Allgemeine Landrecht teilte zwar grundsätzlich den römischen Standpunkt, doch ließ es gemäß I 15 §§ 42 ff ohne Rücksicht auf das Recht des Veräußerers Eigentum dann übergehen, wenn der Erwerber vom Fiskus, in öffentlichen Versteigerungen, in Läden von Kaufleuten, welche die Gilde hatten, kaufte; das gleiche galt beim redlichen Erwerb von Geld oder Inhaberpapieren[8]). In den übrigen Fällen hat es zwar die Eigentumsklage zugelassen, aber den sog. Lösungsanspruch des lübischen Rechts in I, 15 §§ 24 ff., übernommen. Danach kann der Eigentümer die Sache wohl mit der rei vindicatio herausfordern, jedoch ist er dann zur Erstattung eines Lösegeldes verpflichtet[9]).

Das sächsische und bayerische Recht standen ebenfalls noch völlig auf römisch-rechtlichem Boden, doch sind dem sächsischen BGB. (§§ 296, 314 ff.) ähnliche Beschränkungen des Eigentumsanspruchs, wie im ALR., wenn auch in einem weit beschränkterem Umfange, bekannt[10]).

---

7) Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 349, 350.
8) Dernburg, Sachenrecht Bd. III § 97, 3.
9) Dernburg, a. a. O. § 103 I; Planck, Sachenrecht S. 21.
10) Planck a. a. O.

Dagegen gewann der deutsch-rechtliche Grundsatz „Hand muß Hand wahren" im französischen Recht ganz erheblich an Boden. Das französische Recht ging noch über das deutsche Recht hinaus, indem es dem Erwerber nicht nur einen gegen den bisherigen Eigentümer geschützten Besitz gab, sondern ihn sogar selbst zum Eigentümer machte: „En fait de meubles la possession vaut titre" [11]). Nach der herrschenden Meinung fand dieser Satz jedoch keine Anwendung, wenn der Besitzer die Sache unredlicherweise erlangt hatte[12]), oder wenn die Sache gestohlen oder verloren gegangen war. (Art. 2279). Beim Erwerb solcher Sachen gibt der Art. 2280 aber dem Besitzer, der die Sache auf einer Messe oder einem Markte oder in öffentlicher Versteigerung oder von einem Kaufmann, der mit dergleichen Sachen handelt, erworben hat, einen Auslösungsanspruch in Höhe des Kaufpreises wie im ALR.[13]).

Vom Code civil ging der deutschrechtliche Grundsatz in das alte HGB. von 1861 über[14]), das ihm zum Siege verhalf. Gegen eine unbeschränkte Verfolgung des Eigentums in der Hand eines jeden Dritten war von dem Handelsverkehr, dessen Sicherheit darunter ganz erheblich litt, von jeher angekämpft worden. „Waren und Wertpapiere sind zum raschen Umlauf bestimmt, eine eingehende Prüfung des Eigentumsverhältnisses ist hier ausgeschlossen. Diesem Streben hat dann die deutsche Gesetzgebung in Art. 306 Abs. 1, 2 Rechnung getragen: „Wenn Waren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert oder übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigentum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigentümer war. Das früher begründete Eigentum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war. Sind Waren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigentum, Pfandrecht oder sonstiges dingliche Recht an den Gegenständen zum Nachteile des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolgers nicht geltend gemacht werden". Diese Bestimmungen fanden nach Abs. 4 keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren. Eine Ausnahme hiervon machte wieder Art. 307, in dem die Bestimmungen „bei Papieren auf Inhaber auch dann Anwendung fan-

11) Ueber den Entwicklungsgang der Fahrnisverfolgung im französischen Recht bis zur Aufstellung dieses Satzes in Art. 2279 Code civil s. Merk in Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht Jahrg. 7 S. 81 ff.

12) Mot. 3 S. 43.

13) Planck a. a. O. S. 21.

14) vgl. Goldschmidt Ztschr. für Handelsrecht Bd. 8 S. 225.

den, wenn die Veräußerung oder Verpfändung nicht von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe geschaffen ist und wenn die Papiere gestohlen oder verloren waren".

b) Im geltenden Recht.

Damit haben wir nun im wesentlichen in den verschiedenen deutschen Gesetzen z. Zt. der Neuordnung des deutschen Privatrechts 3 Systeme feststellen können: das römisch-rechtliche System, das zunächst für den Erwerber nur ein relativ wirksames Recht entstehen ließ, das erst durch die Ersitzung absolute Kraft erlangte, ein deutsch-rechtliches System, wonach der redliche Erwerber sofort volles Eigentumsrecht erhielt und ein drittes, wonach der bisherige Eigentümer selbst vom redlichen Erwerber die erworbene Sache herausfordern konnte, jedoch unter der Voraussetzung, daß er diesen schadlos hielt; der gutgläubige Erwerber hatte einen sog. Lösungsanspruch.

Von diesen drei Systemen hat unser BGB. dem deutsch-rechtlichen Prinzip den Vorzug gegeben, indem es den gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten der Regel nach als rechtmäßig und wirksam gelten läßt. Ausschlaggebend hierfür war in erster Linie, daß dieses Prinzip bereits in dem alten HGB verankert war und man deshalb eine Uebereinstimmung mit den in der Praxis bewährten Bestimmungen des Handelsrechts erzielen wollte[15]). Maßgeblich war aber auch der Gedanke, daß der Eigentümer, dessen Sache von einem Nichtberechtigten veräußert wird, sich gewöhnlich selbst schützen kann, außer bei unfreiwilligem Besitzverlust, da es von ihm abhängt, ob er die Sache aus der Hand geben will oder nicht und dadurch einer Irrtumserregung bei dem dritten Besitzer über die Berechtigung des Veräußerers vorbeugen kann. Der Erwerber ist dagegen meist nicht in der Lage, sich über das Recht eines anderen als das des Besitzers zu unterrichten und sich die erforderliche Sicherheit zu verschaffen[16]). Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber sich für das deutsch-rechtliche Prinzip entschieden und seinen Schutz dem Erwerber zuteil werden lassen. Er hat so eine Lösung gefunden, die unserem objektiven Rechtsempfinden und der Rechtslogik entspricht, die aber auch gleichzeitig den Verkehrsbedürfnissen der Zeit Rechnung trägt; denn ein so strenger Grundsatz wie ihn das gemeine Recht hatte, konnte unserem heutigen stark entwickelten Verkehrsbedürfnisse nicht gerecht werden. Das Verkehrsinteresse erfordert es, daß in besonderen Fällen auch das Eigentum von dem erworben wer-

---

15) Kommissionsprotokolle III S. 207.
16) Prot. I S. 4005; Planck, Sachenrecht, S, 20.

den kann, der zu seiner Uebertragung nicht berechtigt ist. Unser BGB. regelt deshalb im Anschluß an den Erwerb vom Berechtigten, der sich gemäß § 929 BGB. mittels Einigung und Uebergabe[17]) der Sache durch den wahren Eigentümer vollzieht in den §§ 932—936 die Fälle, in denen der Eigentumserwerb auch vom Nichtberechtigten möglich ist, wo der Veräußerer also selbst kein Eigentum hat und nach § 929 BGB. daher ein Dritter auch kein Eigentum von ihm erwerben könnte.

Voraussetzung des Erwerbs vom Nichtberechtigten ist der gute Glaube des Erwerbers; es darf dem Erwerber beim Erwerbe weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt sein, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Während nun in den §§ 932—934 BGB. die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb für die verschiedenen Fälle des Eigentumsübergangs nach §§ 929—931 enthalten sind, bestimmt § 935 BGB, daß der gutgläubige Erwerb dann ausgeschlossen ist, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist. Der gutgläubige Erwerber ist trotz seines guten Glaubens beim Erwerb der genannten Sachen verpflichtet, dieselben dem Eigentümer herauszugeben und zwar ohne Erstattung des Wertes, den er für den Erwerb der Sachen hingegeben hat. Damit hat unser neues deutsches Recht jenen Lösungsanspruch des älteren germanischen Rechts[18]), der noch im badischen und preußischen Landrecht[19]) seinen Niederschlag gefunden hatte, der sich heute noch im schweizerischen und französischen Recht[20]) befindet, fallen lassen. Zwar hatte ihn auch § 939 des ersten Entwurfs unseres BGB. im Anschluß an das ALR. noch in viel allgemeinerer Form wie dort aufgenommen, doch hat die zweite Kommission und hiernach das BGB. ihn aus guten Gründen verworfen[21]). Mit Recht hat man gegen die Beibehaltung des Lösungsanspruchs hervorgehoben, daß in ihr eine Begünstigung der Hehlerei und Bevorzugung des Bemittelten vor dem Unbemittelten zu betrachten sei, da diesem zum Einlösen seiner gestohlenen Sache meist das Geld fehle[22]). Die

---

17) oder deren Surrogate.

18) Ueber dessen Rechtsgrund s. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II S. 564 und Herbert Meyer in seiner Schrift: Das Publizitätsprinzip insbesondere § 21 gegen A. Schultze: Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht in Iher. Jahrbuch Bd. 49 S. 178 ff.

19) ALR. I 15 § 25 ff.

20) siehe oben S. 4.

21) Siehe Prot. der 2. Lesung des Entw. des BGB. 3, 369.

22) Dagegen kann der Lösungsanspruch nach Landesrecht gem. Art. 94 Abs. 2 EGBGB. noch bestehen, sodaß z. B. die öffentlichen Pfandleihanstalten in Bayern gem. Ausführungsges. z. BGB. Art. 91 und in Baden AGBGB. Art. 29 Abs. 3 die ihnen verpfändeten Sachen den Bestohlenen nur gegen Bezahlung des Pfandgeldes herauszugeben brauchen.

abhanden gekommene Sache selbst kann nicht mehr den Gegenstand des Rechtserwerbs bilden; sie ist verkehrsuntauglich, der Makel des Abhandenkommens haftet ihr als solcher dauernd an. „Die abhanden gekommene Sache ist gleichsam mit einem Banne belegt und bleibt unter dem Banne auch in der Hand aller späteren Besitzer“ [23]). Weder der Dieb, noch der Hehler, noch jeder andere Dritte vermögen an der Sache, die sie in Unkenntnis des Abhandenkommens erworben haben, trotz guten Glaubens Eigentum zu erwerben. Erst die gutgläubige Ersitzung gem. § 937 BGB. durch Ablauf einer Zeit von 10 Jahren macht die abhanden gekommene Sache wieder verkehrsfähig, indem sie den gutgläubigen Eigenbesitzer zum Eigentümer macht. Gelangt die abhanden gekommene Sache vorher aber zum Eigentümer oder dessen Besitzmittler zurück, so verliert sie damit den Makel des Abhandenkommens.

Die im § 935 BGB. zu Gunsten des Eigentümers getroffene Ausnahme des gutgläubigen Erwerbs wird in § 935 Abs. 2 BGB. jedoch wieder beseitigt. Sie findet keine Anwendung auf Geld oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden, weil bei diesen Sachen das Interesse des Verkehrs unbedingten Schutz des gutgläubigen Erwerbers erfordert. Hier hat also der Gesetzgeber auch bei abhanden gekommenen Sachen seinen Schutz dem Erwerber zuteil werden lassen. Er wird auch Eigentümer, wenn die Inhaberpapiere gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen sind, vorausgesetzt, daß er beim Erwerb gutgläubig war, d. h. entschuldbarer Weise irrtümlich angenommen hat, daß das Papier dem Veräußerer gehörte.

Diese Vorschriften des BGB. konnten für den Handelsverkehr nicht genügen. Hier ist der Erwerb vom wahren Eigentümer zumal bei Inhaberpapieren eine Seltenheit. An seine Stelle tritt meist ein Kommissionär oder Agent, von denen der Erwerber weiß, daß sie nicht Eigentümer der Sachen sind, die sie in den Verkehr bringen. Hier erfordert daher das Verkehrsinteresse einen noch weitergehenden Schutz des Erwerbs vom Nichtberechtigten als dies im BGB. der Fall ist. Hier müssen die Grundsätze über den Erwerb einer beweglichen Sache vom Nichteigentümer auch dem zugute kommen, welcher von einem Handlungsgehilfen, Kommissionär oder Agenten im guten Glauben erwirbt, daß dieselben befugt seien, für den Eigentümer zu verfügen. Das BGB. hat hierüber ausdrücklich nichts ausgesprochen. Für den Handelsverkehr schien diese Tatsache jedoch von so großer Wichtigkeit, daß eine dahin gehende Son-

---

23) Staub, HGB. § 366 Anm. 46; Cosack BGB. § 198 IV 2a.

derbestimmung im HGB. aufgenommen wurde[24]). § 366 HGB. bestimmt demgemäß: „Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des BGB. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft . . . . . ". Die Denkschrift S. 206/207 sagt hierzu: „Im Handelsverkehr kann auf diese weitergehende Berücksichtigung des guten Glaubens nicht verzichtet werden. Der Fall, daß auf Grund eines handelsrechtlichen Vertragsverhältnisses die Befugnis begründet ist, über eine fremde Sache, sei es im eigenen Namen, sei es im Namen des Eigentümers zu verfügen, ist so häufig, daß die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigt werden würde, wenn dem entschuldbaren Irrtum über das Vorhandensein einer solchen Verfügungsbefugnis der Schutz versagt bliebe".

Nach § 366 HGB. wird der gutgläubige Erwerber also auch dann Eigentümer, wenn er gutgläubig nur annahm, daß der Veräußerer die Befugnis hatte, für den Eigentümer in dessen oder im eigenen Namen zu verfügen. Voraussetzung ist jedoch, daß der Veräußerer Kaufmann ist, und die Veräußerung im Betriebe seines Handelsgewerbes erfolgt ist[25]).

Eine weitere Sondervorschrift hinsichtlich des guten Glaubens hat das HGB. durch § 367 (§ 359 des Entw.) eingeführt, die sich als Einschränkung und Ausnahme von § 935 Abs. 2 darstellt. § 367 lautet: „Wird ein Inhaberpapier, das dem Eigentümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, veräußert oder verpfändet, so gilt dessen guter Glaube als ausgeschlossen, wenn z. Zt. der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im

---

24) Das HGB. konnte sich mit der Aufnahme von Sonderbestimmungen begnügen, da die allgemeinen Bestimmungen der Art. 306 ff. des a. HGB. vom BGB. übernommen worden waren. Die Denkschrift zum HGB. sagt S. 207: Die Bestimmungen des Art. 306 verlieren in der Hauptsache ihre Bedeutung, weil der Grundsatz, daß bei beweglichen Sachen der gutgläubige Erwerb zur Begründung des Eigentums ausreicht, im BGB. allgemein durchgeführt ist.

25) Das schweizerische Recht macht diesen Unterschied nicht. In Art. 714, 933 ff. ZGB. ist nur die Rede vom guten Glauben schlechthin. Die Praxis der schweizer Gerichte geht deshalb dahin, denjenigen als gutgläubigen Erwerber anzusehen, der ohne Verschulden den Verfügenden sowohl für den Eigentümer selbst als auch für diesen zu verfügen für bevollmächtigt oder ermächtigt hält.

S. a. Reichel in Grünhuts Zeitschrift Bd. 42 S. 204.

Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen ist.

Der gute Glaube des Erwerbers wird durch die Veröffentlichung im Deutschen Reichsanzeiger nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Veröffentlichung infolge besonderer Umstände weder kannte noch kennen mußte.

Auf Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werden, sowie auf Banknoten und andere auf Sicht zahlbare unverzinsliche Inhaberpapiere finden diese Vorschriften keine Anwendung".

Damit ist also für eine gewisse Sondergruppe von Menschen, nämlich für solche Kaufleute, die Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreiben, der Erwerb von Inhaberpapieren nach § 935 Abs. 2 BGB. ausgeschlossen, wenn der Verlust des Papieres im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht worden ist. Diese Vorschrift hat ihren Ursprung in einer bedauerlichen Unsicherheit, die im Verkehr mit Wertpapieren besonders über die Frage des guten Glaubens des ein Inhaberpapier erwerbenden Bankiers anzutreffen war. Schon vor Inkrafttreten unseres HGB. stellte man beim gutgläubigen Erwerb eines Inhaberpapieres an die Sorgfalt eines Bankiers weit höhere Ansprüche als an die eines Privatmannes. Diese erhöhte Sorgfaltspflicht des Bankiers lag darin begründet, daß in einer Reihe dem Bankier leicht zugänglicher Blätter polizeiliche Bekanntmachungen über den Verlust von Inhaberpapieren erlassen wurden, deren Beachtung man von dem Privatmann unmöglich verlangen konnte. Ihre Nichtbeachtung durch den Bankier mußte diesen dagegen aus Anlaß der mangels größerer Schwierigkeiten ermöglichten Kenntnisnahme als grob-fahrlässig erscheinen lassen. Der erwerbende Bankier konnte also gem. Art. 306/07 a. HGB. kein Eigentum an den Papieren erwerben, deren Verlust irgendwie bekannt gemacht worden war. Dies war denn auch die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts. Sie verlangte von dem Bankier, daß er die Publikationen über abhanden gekommene Inhaberpapiere sorgfältig prüfte. Bei einer solchen Prüfung fehlte es aber dem Bankier an einem für solche Bekanntmachungen zuständigen Blatte. Die Folge war, daß die Polizeibehörden der verschiedensten Orte wiederum in den verschiedensten Blättern ihre Bekanntmachungen erließen, die nun den Bankierstand insofern in eine schwierige Lage versetzten, als dieser garnicht wußte, auf welche von den vielen Blättern sich seine Prüfung erstrecken mußte. Eine weitere Schwierigkeit bestand darin, daß er auch nicht wußte, wie lange er diese Bekanntmachungen zu berücksichtigen hatte, da keine Vorsorge

über die Rückgängigmachung wieder aufgefundener Papiere getroffen war. Diese Unsicherheit führte denn auch zu einer immer schärfer werdenden Judikatur des Reichsgerichts, die den Bankierstand schließlich veranlaßte einen Gesetzentwurf einzubringen, der diesen Uebelständen abhelfen sollte. In der Hauptsache entspricht der Gesetzentwurf, der als § 367 in das HGB. aufgenommen wurde, der bisherigen Praxis, insbesondere den Grundsätzen, welche in der Rechtsprechung des Reichsgerichts bzgl. dieser Frage wiederholt schon aufgestellt waren[26]). Der Gesetzgeber wollte durch Aufnahme des § 367 in das HGB. für ganz Deutschland ein einheitliches Organ zu Bekanntmachung der abhanden gekommenen Inhaberpapiere schaffen und gleichzeitig eine Frist für die Dauer der Wirkungen dieser Bekanntmachungen festsetzen. Diese Gesetzesbestimmung wurde geschaffen in Anlehnung an das in Frankreich geltende Gesetz vom 15. Juni 1872 abgeändert am 8. Febr. 1902 nach welchem in Frankreich alltäglich ein „Bulletin officiel des oppositions sur les titres au porteur" erscheint, in dem sämtliche gesperrten Papiere bekannt gegeben werden, auch diejenigen, welche bereits in einer vorhergehenden Nummer veröffentlicht wurden[27]).

Die Vorschrift des § 367 HGB. enthält nicht etwa eine Abänderung der Vorschriften der §§ 932/35 BGB., 366 HGB. über den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten, sondern greift lediglich eine eng begrenzte Personengruppe, die Bankiers, heraus, und bestimmt näher, unter welchen Voraussetzungen gutgläubiger Erwerb eines abhanden gekommenen Inhaberpapieres für den Bankier ausgeschlossen ist. Auf diese Sonderregel des § 367 HGB., auf die Voraussetzungen ihrer Anwendung und auf ihre Wirkung soll in den folgenden Abschnitten näher eingegangen werden.

---

26) Vgl. RG. Bd. 6 S. 18 und 89; RG. 37 S. 74; ferner bei Gruchot Bd. 35 S. 127.

27) Die Sperrung erfolgt dadurch, daß der Eigentümer, dem das Inhaberpapier abhanden gekommen ist, „opposition" erhebt und zwar richtet er diese opposition an das „syndicat des agents de Change" und an den Papierschuldner. Gelangt dann das Bulletin officiel des oppositions an den Veräußerungsort, oder hätte es in der entsprechenden Zeit hinkommen können, so ist eine danach erfolgte Veräußerung gegenüber demjenigen, der die Opposition erhoben hat, unwirksam. Vgl. hierüber Wolff in Ehrenb. Handb. Bd. IV S. 49 und Hoppenstedt S. 138 ff.

II. Begriff des guten Glaubens.

a) Grobe Fahrlässigkeit.

Bevor ich auf den guten Glauben des Bankiers im besonderen Falle des § 367 HGB. zu sprechen komme, will ich auf den guten Glauben, auf dessen Wesen und seine Begriffsbestimmung im allgemeinen eingehen.

Während sich im HGB.[28]) eine Definition des guten Glaubens nicht befindet, definiert ihn das BGB. im § 932 Abs. 2 dahin: „Der Erwerber ist nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört". Mit dieser Begriffsbestimmung ist aber nicht etwa der gute Glaube erschöpfend geregelt, sondern nur vom Gesetzgeber der Hauptfall herausgegriffen, in dem der gute Glaube des Erwerbers fehlt. Den dort gegebenen Begriff hat er dann in den verschiedenen Gesetzesstellen bald erweitert, bald eingeschränkt Anwendung finden lassen. Dies ergibt sich aus den mannigfachen und verschiedensten Fällen, in denen das Gesetz den Ausdruck des guten Glaubens anwendet und dem es dabei in den einzelnen Fällen ganz verschiedene Richtungen gibt. Während z. B. in den §§ 1032, 1207 BGB. der Erwerber durch die Anwendung der §§ 932 ff. irrtümlich Eigentum des Bestellers voraussetzt, finden wir den guten Glauben in § 936 BGB. hinsichtlich eines beschränkten Rechts also in einer ganz anderen Richtung. Hier handelt es sich um die Veräußerung einer mit dem Recht eines Dritten insbesondere mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht belasteten Sache, die beim Erwerb des Eigentums erlöschen, wenn der Erwerber hinsichtlich des Rechtes an dem zu erwerbenden Gegenstand gutgläubig gewesen ist. Wieder ganz voneinander verschiedene Richtungen finden wir in den §§ 892, 937, 955 ff., 135, 142, 161, 2211, 2113 BGB., 366 HGB. u. a. mehr.

So verschieden die Richtung des guten Glaubens in den einzelnen Fällen auch sein mag, so haben diese doch sämtlich eins gemeinsam, und das ist die Unkenntnis des Erwerbers von einem Mangel im Rechte des Veräußerers. Diese Unkenntnis[29]) des

---

28) Das a. HGB. hatte statt des Begriffes des „guten Glaubens" den Begriff „der Redlichkeit".

29) Ueber die alte Streitfrage, ob unter Unkenntnis etwas positives oder etwas negatives zu verstehen ist, s. Dernburg, Sachenrecht § 98 Ziff. 4, der sie stets als etwas positives darstellt; Düringer-Hachenburg Bd. II S. 613

Erwerbers von einem Mangel im Recht des Veräußerers wird dann zur Gutgläubigkeit des Erwerbers, wenn sie entschuldbar ist. Sie ist entschuldbar, i. S. des § 932 Abs. 2 BGB., wenn sie nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht. Damit erhebt sich die Frage: Was versteht das Gesetz unter grober Fahrlässigkeit?

In Ermangelung einer dahingehenden Definition müssen wir von der in § 276 BGB. gegebenen Begriffsbestimmung für einfache Fahrlässigkeit ausgehen. Das Gesetz definiert daselbst: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt". Daraus müssen wir weiter schließen, daß grobfahrlässig derjenige handelt, der sich beim Erwerb einer Sache eine besonders schwere Nachlässigkeit hat zuschulden kommen lassen. Wann nun eine einfache oder schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorliegt, kann generell nicht entschieden werden. Eine dahin gehende Entscheidung ist vielmehr nur für jeden einzelnen Fall möglich[30]). Dabei muß man zunächst berücksichtigen, daß irgendwelche besondere Beschaffenheiten eines Menschen außer Betracht bleiben müssen, ihm darf nicht mehr und nicht weniger zugemutet werden, als auch einem normalen Menschen seines Schlages. Und damit ist gleichzeitig angedeutet, daß bei der Bemessung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht bei allen Menschen derselbe Maßstab anzulegen ist. Eine derartige Entscheidung würde ja zu unerträglichen Härten führen. So ist z. B. ein Unterschied der Beurteilung solcher Leute, die gewerbsmäßig Waren erwerben von denen, die sich nur gelegentlich damit befassen, unerläßlich. Was in einem und demselben Falle bei letzteren einfache Fahrlässigkeit bedeutet, mag bei einer anderen Personengruppe z. B. den Gewerbetreibenden eine schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt darstellen und somit bei diesen den Ausschluß des guten Glaubens herbeiführen, während erstere rechtswirksam Eigentum erwerben. Eine dahin gehende Unterscheidung ist bei allen stets dann zu treffen, wenn es üblich ist, gewisse abhanden gekommene Sachen auf irgend eine Art und Weise bekannt zu geben. Hier wird derjenige, der sich stets mit dem Ankauf derartiger Waren befaßt, diese Bekanntmachungen beachten müssen, während einem anderen Käufer die Kenntnis dieser Bekanntma-

---

Anm. 2 sagt m. E. mit Recht, daß sich dieser Satz nicht generell aufstellen lasse, daß es vielmehr auf den konkreten Fall ankomme: „Sie ist etwas positives — die Annahme des vermutlichen Rechtes des Veräußerers — sobald dies völlig fehlt. Sie ist etwas negatives, sobald es sich um die Beschränkung im Recht des Veräußerers handelt. Siehe hierüber auch Wickmann, a. a. O. S. 17 ff. und Wendt, Arch. ziv. Pr. Bd. 89 S, 6 ff,

---

30) Vgl. Wendt im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 87 S. 448 ff.

chungen nicht zugemutet werden kann. In dieser Richtung hat denn unser HGB. den Begriff der Fahrlässigkeit einen etwas genauer bestimmten Inhalt gegeben, indem es von der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes, Geschäftsmannes, Schiffers, Reeders usw. spricht[31]).

In den erwähnten Gründen liegt denn auch das Fehlen einer gesetzlichen Definition der groben Fahrlässigkeit begründet, von der das BGB. im Gegensatz zum römischen Recht mit Recht Abstand genommen hat; denn auch im römischen Recht wo der Satz galt, daß culpa lata identisch sei mit „id non intellegere quod omnes intellegunt" mußten die omnes ja in jedem Fall einzeln bestimmt werden. Die dort gegebene Begriffsbestimmung war daher eigentlich so gut wie nicht anwendbar.

Wie weit die Pflicht des Erwerbers zur Prüfung der Sachlage zu gehen hat, und wo die Grenze zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit zu ziehen ist, ist also reine Tatfrage und wie Wendt a. a. O. ganz richtig bemerkt, nur durch das Gefühl kontrollierbar. Es wird eine vornehme Aufgabe des Richters sein, in dessen freies Ermessen es gestellt ist[32]), hier für jeden einzelnen Fall eine gerechte Entscheidung zu finden. Natürlich darf der Richter dem redlichen Erwerber einer beweglichen Sache keine allzu hohen Forderungen stellen. Hier ist wohl im allgemeinen davon auszugehen, daß ihn keine besondere Prüfungspflicht trifft. Es würde zuweit führen, wenn man im täglichen Geschäftsverkehr das Veräußerungsrecht eines jeden Verkäufers prüfen wollte. Nur an den Umständen, die sich dem Erwerber ohne jegliche Erkundigung aufdrängen, darf er nicht achtlos vorübergehen. Gibt die ganze Sachlage dem Erwerber Anlaß zu zweifeln, so darf er sich nicht unbekümmert über diese Zweifel hinwegsetzen, sondern muß alles zur Aufklärung Dienliche und Mögliche tun, um die Zweifel zu beheben. Natürlich wird nicht schon der geringste Anlaß zu Zweifeln ausreichen, um eine grobe Fahrlässigkeit zu begründen. Nur wenn ein dringender Anlaß zu Zweifel an dem Recht des Veräußerers gegeben ist, oder sich dem Erwerber offenbaren mußte, ist dieser bösgläubig, wenn er beim Erwerb weitere Erkundigungen unterläßt[33]). Wann dies der Fall ist, hängt ganz von dem einzelnen Sachverhalt ab, wobei natürlich auch hier ein rein objektiver Maßstab anzulegen ist. Daß, wie Planck[34]) verlangt, der Erwerber sich sogar ohne triftigen Grund Kenntnis von solchen

31) Siehe §§ 84, 249, 347, 408, 429, 497, 511, u. a. m.

32) RG. 6, 18; 28, 113; Düringer-Hachenburg Bd. II S. 613 Anm. 2; JW. 90, 205.

33) So Düringer-Hachenburg a. a. O.; Staub § 366 Anm. 17; Wendt Arch. f. z. Pr. Bd. 89 S. 7 ff.

34) Planck S. 232.

Zweifeln an dem Recht des Veräußerers verschaffe, dürfte m. E. zuweit gehen, da ein soweit gehendes Maß von Sorgfalt schon als leichte Fahrlässigkeit angesehen werden muß. Dasselbe gilt von Dernburg[35]), der ebenfalls verlangt, daß der Erwerber vorsichtig und sorgfältig zu Werke gehe. Eine derartige Prüfungspflicht würde aber im Verkehr nur störend und schädigend wirken. Eine allzu große Aengstlichkeit muß deshalb m. E. mit Staudinger[36]) zu Recht vermieden werden. Die von Planck und Dernburg vertretene Meinung stellt die Begriffe der culpa levis und culpa lata nahezu auf eine Stufe, während man doch nicht außer Acht lassen darf, daß bei Bemessung der groben Fahrlässigkeit ein milderes Maß anzulegen ist, als bei der einfachen Fahrlässigkeit: es muß bei ersterer doch die Pflicht zur Prüfung der Sachlage eine weit geringere sein als bei letzterer.

b) Tatsachen- und Rechtsirrtum.

Das Nichtkennen des Mangels im Rechte des Veräußerers kann auf Seiten des Erwerbers sowohl auf einen Tatsachenirrtum als auch auf einem Rechtsirrtum beruhen. Nach dem römischen Recht war der Rechtsirrtum in der Regel unentschuldbar, jedoch bestanden für bestimmte Personenklassen (Frauen, Minderjährige usw.) Ausnahmen[37]).

Unser heutiges Recht läßt dagegen eine besondere Behandlung des Rechtsirrtums nicht eintreten. Es behandelt den Tatsachen- und den Rechtsirrtum gleichartig. Auch beim Vorliegen eines Rechtsirrtums ist daher nachzuprüfen, ob derselbe auf einer groben Fahrlässigkeit beruht. Natürlich darf bei der Beurteilung hier nicht als Maßstab die Rechtskenntnis eines Gelehrten angelegt werden, sondern die eines Laien, wobei vor allem auch zu berücksichtigen ist, ob der Erwerber nicht irgendwelche Gelegenheit sich eine Rechtsbelehrung zu verschaffen, unbeachtet ließ, wenn sich ihm vorher gewisse Zweifel offenbarten oder den Umständen nach offenbaren mußten. Es ist stets zu prüfen, ob der Erwerber, um zur richtigen rechtlichen Erkenntnis zu gelangen, das Seinige getan hat[38]). Irgendwelche Privilegien einzelner Personenklassen wie sie hinsichtlich des Rechtsirrtums das römische Recht kannte, gibt es dabei heute nicht mehr. Der Satz: „licet eis jus ignorare", der im römischen

35) Dernburg Bd. III S. 336.
36) Staudinger § 932 II 1b.
37) Dernburg, Pandekten Bd. I § 87.
38) OLG. Stettin in Rechtspr. Bd. 8 S. 192.

Recht für Frauen, Minderjährige, Landbewohner und Soldaten galt, kann heute keine Geltung mehr haben. „Nur soviel Individualisierung als der Begriff der Fahrlässigkeit schon durch sich selbst mit sich bringt, wird noch übrig bleiben, aber auch genügen, um den Umständen des einzelnen Falles Rechnung zu tragen“ [39]).

III. Die Sonderregel des § 367 HGB.

a) Voraussetzungen.

1) Erwerb eines Inhaberpapieres nach den Grundsätzen des Sachenrechts.

Hauptvoraussetzung der Anwendung des § 367 HGB. ist, daß ein Inhaberpapier den Gegenstand des Rechtserwerbes bildet. Es soll deshalb zunächst auf den Begriff und das Wesen des Inhaberpapieres eingegangen werden.

Der Begriff des Inhaberpapieres war der älteren Gesetzgebung fremd. Erst in unserer neueren Gesetzgebung tritt er an den verschiedensten Stellen auf[40]), ohne jedoch irgendwo genauer definiert zu werden. Das BGB. bringt in den §§ 793—808 lediglich eine Definition für den Begriff der Schuldverschreibung auf den Inhaber, die eine Unterart der Inhaberpapiere bildet. Allgemein anerkannt ist aber, daß das Inhaberpapier zu den Wertpapieren gehört[41]). Aber auch der Begriff des Wertpapieres, der erst durch das a. HGB. in die deutsche Gesetzessprache eingeführt wurde, hat nirgendwo eine Normierung gefunden. Die mannigfaltige Anwendung dieses Begriffes[42]) in der neueren Gesetzgebung, die unter dem Worte „Wertpapier“ noch nicht einmal immer das gleiche verstanden haben will, hat in der Wissenschaft eine Menge von Ansichten über den Begriff des Wertpapieres aufkommen lassen, die in einzelnen Punkten weit auseinander gehen[43]). Auf die Begriffsbestimmung im einzelnen

---

39) Wendt im Arch. f. z. Pr. Bd. 89 S. 15.

40) z. B. §§ 234, 935, 1006, 1007, 1081, 1293, 1994, 1362, 1381, 1392, 1393, 1814, 1815, 1820, 1853, 2116, 2117, BGB.; § 367 HGB.; Art. 91, 175 EGBGB.; §§ 823, 1004, 1006, 1019 usw. ZPO.

41) Jacobi, Die Wertpapiere § 3. § 234 BGB. erklärt das Inhaberpapier ausdrücklich für eine Unterart der Wertpapiere.

42) §§ 232, 324, 372, 437, 700, 702, 783, 1296, 1667, 1807, 1812 usw. BGB.; §§ 1, 2, 93, 261, 363, 369, 381, 383, 400 usw. HGB.; §§108, 592, 688, 794, 821, 822, 884, ZPO.; §§ 129, 132, 137 KO.; § 69 ZVG. u. a. m.

43) Vgl. Jacobi, Die Wertpapiere S. 11 ff.

einzugehen, würde hier zu weit führen. Erwähnt sei nur, daß die herrschende Meinung sich der Definitioan Brunners in Endemanns Handbuch Bd. II, S. 147 angeschlossen hat, der unter Wertpapier „eine Urkunde über ein Privatrecht versteht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist". Das Recht ist also gewissermaßen in der Urkunde verkörpert, insbesondere ist der Schuldner zur Leistung nur gegen Aushändigung des Papieres verpflichtet. Diese Begriffsbestimmung des Wertpapieres ist im wesentlichen von der späteren Literatur allgemein anerkannt und nur unwesentlich verändert worden[44]). Sie gilt also im weiteren Sinne auch für das Inhaberpapier als eine Unterart des Wertpapiers.

Die Wertpapiere teilt man nämlich je nach der Art der Uebertragbarkeit des in dem Wertpapier verbrieften Rechts ein in: Recta-, Order- und Inhaberpapiere.

Auf die wesentlichen Unterschiede soll kurz hingewiesen werden, während im übrigen hier nur das Inhaberpapier interessiert.

Die Rectapapiere (auch Namenpapiere genannt) zählen zu den „unvollkommenen" oder „uneigentlichen" Wertpapieren[45]), da sie sich nur in einzelnen Beziehungen nach den Sondernormen des Wertpapierrechts richten. Sie lauten grundsätzlich auf den Namen eines bestimmt Berechtigten und sind nur durch Zession und Uebergabe des Papieres übertragbar.

Die Order- und Inhaberpapiere bezeichnet man vielfach als „vollkommene" bzw. Wertpapiere im engeren oder eigentlichen Sinne.

Erstere zerfallen wieder in zwei Unterarten: 1) in die „gekorenen" Orderpapiere[46]), die der Beifügung der Orderklausel bedürfen, 2, in die „geborenen" Orderpapiere[47]), die auch ohne Orderklausel Orderpapiere sind. In den Orderpapieren ist zunächst ebenfalls ein bestimmt Berechtigter benannt, jedoch verpflichtet sich der Aussteller jedem Nachmann, der durch Indossament in dem Papier als Gläubiger bestimmt ist. Ihre Uebertragung richtet sich nach den Vorschriften des BGB. über bewegliche Sachen, wozu es allerdings des Indossamentes bedarf.

Im Gegensatz zu den Recta- und Orderpapieren ist in den Inhaberpapieren ein Berechtigter nicht genannt. In ihnen ist das Recht ausdrücklich oder stillschweigend jedem Inhaber des Papieres zugesagt. Das bedeutet aber nicht, daß jeder Besitzer des Papieres, so z. B. auch der Dieb, das Recht habe, die in

44) Jacobi in Ehrenb. Handb. IV 1 S. 130.
45) Klausing, Wechsel und Scheckrecht S. 15 IV.
46) Die in § 363 HGB. aufgezählten Wertpapiere.
47) Z. B. Wechsel, Scheck, Namensaktie.

dem Papier versprochene Leistung zu fordern. Berechtigt zur Forderung der Leistung ist nach § 793 S. 1 BGB.[48]) vielmehr nur der, der auch zur Verfügung über das Papier berechtigt ist. Jeder Inhaber des Papiers hat aber den Schein des Rechts für sich. Insoweit ist daher das Inhaberpapier zugleich Legitimationsmittel. Der Inhaber des Papiers braucht bei Geltendmachung der Forderung aus dem Papier nicht erst den Beweis für die Rechtmäßigkeit seines Besitzes zu erbringen, vielmehr ist der Aussteller dem Inhaber bei Leistungsverweigerung zum Beweis des Gegenteils verpflichtet, wenn er nicht der Verurteilung unterliegen will[49]). Daraus geht hervor, daß beim Inhaberpapier das Recht aus dem Papier am engsten mit dem Recht an dem Papier verknüpft ist. Wer rechtmäßig Eigentum an dem Papier erworben hat, hat dadurch gleichzeitig das Recht aus dem Papier erworben. Mangels besonderer Bestimmungen über den Erwerb eines Inhaberpapieres und des in ihm verbrieften Rechts müssen daher die allgemeinen Vorschriften über den Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, die §§ 929 bis 936 BGB., die auch durch die Vorschrift des § 935 Abs. 2 BGB. für Inhaberpapiere besonders ergänzt sind, Anwendung finden. Gerade in der Leichtigkeit der Uebertragung des Inhaberpapieres durch einfache Uebergabe liegt die große Bedeutung der Inhaberpapiere für den heutigen Verkehr.

Diese enge Verknüpfung des Rechts aus dem Papier mit dem Recht an dem Papier bestimmt das Wesen des Inhaberpapiers. Wo das Recht nicht an das Eigentum der Urkunde geknüpft ist, liegt auch kein Inhaberpapier vor. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Urkunde, in der ein Gläubiger benannt ist, mit der Bestimmung ausgegeben wird, daß die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann[50]). Bei diesen Papieren wird der Schuldner wohl durch die Leistung an den Inhaber befreit, aber dieser ist nicht berechtigt, die Leistung zu fordern. (§ 808 Abs. 1 BGB.) Hier sind auf den Erwerb des Forderungsrechtes aus dem Papier die Grundsätze über den Erwerb von beweglichen Sachen nicht anwendbar. Zu diesen Papieren gehören z. B. die Sparkassenbücher, Pfandscheine, Hinterlegungsscheine usw. Man bezeichnet diese Papiere kurz als „qualifizierte" Legitimationspapiere oder auch „hinkende" Inhaberpapiere. (Brunner nennt sie

48) Im BGB. ist von den Inhaberpapieren nur die Schuldverschreibung auf den Inhaber erschöpfend geregelt. Die Bestimmungen der §§ 793 ff. treffen aber, soweit sie allgemeiner Natur sind, auch für die übrigen Inhaberpapiere zu.

49) S. Jacobi. Die Wertpapiere S. 35 ff.

50) Düringer-Hachenburg Vorbem. 25 zu §§ 366/67.

hinkende Namenspapiere im Gegensatz zu den Wertpapieren des § 807 BGB., die mitunter auch hinkende Inhaberpapiere genannt werden.) Sie fallen daher nicht unter die Vorschrift des § 367 HGB. Dagegen müssen Karten, Marken und ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, die aber unter Umständen ausgegeben sind, aus denen sich ergibt, daß der Aussteller dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will, als zu den Inhaberpapieren des § 367 HGB. gehörend bezeichnet werden[51]).

Zu den Inhaberpapieren des § 367 HGB. müssen natürlich auch ausländische Inhaberpapiere zählen, soweit sie im Inland umlaufen, denn auf ihren Erwerb finden in Deutschland nur die deutschen Gesetze Anwendung. Nur soweit es sich um den rechtlichen Bestand des Inhaberpapieres selbst handelt, ist bei allen ausländischen Papieren das Recht des betr. ausländischen Staates ausschlaggebend.

An dieser Stelle soll noch kurz auf die Wertpapiertheorien eingegangen werden, die die Frage der Entstehung der Verpflichtung aus dem Inhaberpapier zum Gegenstand haben[52]). Im Brennpunkt der Theorien steht die Frage, ob zur Enstehung einer Verpflichtung die Schaffung einer den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Urkunde genügt, oder ob die allgemeinen Erfordernisse eines regelrechten Rechtsgeschäftes vorliegen müssen. Schon im gemeinen Recht unterschied man dementsprechend die Vertragstheorie von der Kreations- und der mit dieser verwandten Emissionstheorie[53]). Nach der Vertragstheorie ist zur Enstehung einer Verpflichtung aus der Urkunde ein Begebungsvertrag zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer des Inhaberpapieres erforderlich; nach der Kreationstheorie entsteht die Verpflichtung bereits mit der bloßen Ausstellung der Urkunde, also durch einen einseitigen Rechtsakt, während nach der Emissionstheorie die Verpflichtung aus dem Papier erst mit dem Eigentumserwerb eines Dritten entsteht. Dieser Streit ist auch durch die Einführung des BGB. nicht beseitigt worden. Die Anhänger der Kreationstheorie[54]) stützen sich auf die Vorschrift des § 794 BGB. und be-

---

51) Ebenso Düringer-Hachenburg Vorbem. 25 zu § 366/67; Planck zu § 935 Bem. 3b; Dernburg Bd. III § 103 Bem. 3b; Staub § 366 Anm. 50; Staudinger § 935 Bem. II 2c.

52) Die einzelnen Theorien hier einer eingehenden Würdigung zu unterziehen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Ich verweise auf die eingehende Behandlung der Theorienfrage durch Spielmann: „Rechtsnatur und Behandlung der Inhaberpapierobligation". Diss. Marburg 1932.

53) Ueber die Anzahl der zwischen Kreations- und Vertragstheorie vermittelten Theorien s. Klausing a. a. O. S. 18.

54) Kuntze, Dernburg, Oertmann, Düringer-Hachenburg u. a.

haupten, daß darin ihre Ansicht festgelegt sei. Schon O. von Gierke[55]) ist dieser Auffassung entgegengetreten und in Anlehnung an ihn hat sich in neuester Zeit insbes. an die Darlegungen Ernst Jacobis eine Ansicht gebildet, die auf dem Rechtscheingedanken fußt und als Rechtsschein- oder Vertrauenstheorie bezeichnet wird[56]). Diese kann heute als herrschend bezeichnet werden. Sie wird u. a. auch von Manigk[57]) und H. Meyer[58]) vertreten. Manigk hat überzeugend nachgewiesen, daß es nicht der einseitige Ausstellungsakt ist, der das Schuldverhältnis aus dem Papier entstehen läßt. Der von der Kreationstheorie als Beweis herangezogene § 794 BGB. sagt über die Entstehung des Schuldverhältnisses nicht aus. Er normiert nur die Verpflichtung, nicht aber die Entstehung der Forderung aus dem Papier, die durch Begebung und Eigentumserwerb bedingt ist. Das Inhaberpapier ist eine Publizitätsform, die den Schein des Rechts für sich hat. Der Aussteller haftet, „weil er die Publizitätsform hergestellt hat, die bestimmt ist, das Recht in sich aufzunehmen, weil er also die Veranlassung zur Entstehung des Rechts gegeben hat". Die Kreation ist nicht rechtsbegründend, sondern nur rechtsscheinbegründend. Die Haftung aus einem nicht begebenen Inhaberpapier ist keine rechtsgeschäftliche, sondern nur „eine Ersatzverbindlichkeit aus Schadensverursachung ohne rechtsgeschäftliche Grundlage" [59]). Jedenfalls ist für die Haftung des Ausstellers aus einem abhanden gekommenen Inhaberpapier ohne Bedeutung, ob dasselbe z. Zt. des Abhandenkommens bereits begeben war oder nicht; es genügt die bloße Ausstellung.

2) Der Bankier als Erwerber.

Der Eigentumserwerb von Inhaberpapieren durch Uebertragung ist seiner Wirkung nach besonders ausgezeichnet durch die Vorschrift des § 935 Abs. 2 BGB., die wiederum durch § 367 HGB. eine Einschränkung erleidet. Diese Einschränkung durch § 367 HGB. bleibt aber auf den Kaufmann beschränkt, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt. Ein Kaufmann, der diese Geschäfte betreibt, ist Bankier. Was im einzelnen unter Bankiergeschäften zu verstehen ist, hat das Gesetz nicht besonders bestimmt. Wohl hat es den Begriff im § 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB. verwandt und daselbst festgesetzt, daß das Bankier- oder

55) D. Priv.-R. Bd. II S. 162 Anm. 31.
56) S. a. Spielmann S. 20 und Klausing a. a. O.
57) „Willenserklärung und Willensgeschäft" S. 324 ff. Neuestens in Iher. Jahrb. 83, 47 Anm. 1.
58) Das „Akzept" S. 27, „Das Publizitätsprinzip" S. 94.
59) Manigk, Willenserkl. S. 324 Anm. 445. Die Kreationstheorie wird neuerdings auch abgelehnt von Ph. Heck, Schuldrecht § 137. Vgl. ferner jüngst E. Jacobi Ztschr. f. d. ges. Hangelsr. 99, 1 ff. gegen Eckhardt.

Bankgeschäft ein Handelsgewerbe ist, infolgedessen derjenige, der es betreibt, nach § 1 Abs. 1 Kaufmann ist. Aus diesem Grunde spricht auch § 367 HGB. von einem Kaufmann, der ein Bankier- oder Geldwechslergeschäft betreibt. Eine abschließende Definition für den Begriff „Bankiergeschäft" läßt sich auch infolge der Fülle der einzelnen hierzu gehörenden Geschäfte kaum geben. Die frühere Literatur begnügte sich einfach mit der Aufzählung der im Bankgewerbe gewöhnlich vorkommenden Geschäfte. Unsere neuere Literatur hat dagegen mit Recht eine engere Abgrenzung vorgenommen. Sie zählt nur diejenigen Geschäfte zu den Bankgeschäften, welche dem Bankiergewerbe eigentümlich sind[60]). Staub bezeichnet sie als Grundgeschäfte; nur sie vermögen die Bankiereigenschaft eines Kaufmanns zu begründen. Die übrigen im Bankiergewerbe noch möglichen Geschäfte allein vermögen diese Eigenschaft nicht zu begründen, sie gelten als Nebengeschäfte.

Zu den dem Bankiergewerbe eigentümlichen Geschäften zählen das Effektengeschäft, das sich mit der Anschaffung und Veräußerung von Effekten befaßt und sich meist als Kommissionsgeschäft für fremde Rechnung abwickelt. Aber auch das Geschäft für eigene Rechnung gehört hierher; ferner Depot- und Depositengeschäfte, die die Aufbewahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten zum Gegenstande haben, das Kreditgeschäft, die Vermittlung, Beschaffung und Gewährung von Darlehen und ähnliche Kreditgewährungsgeschäfte wie z. B. das Lombardgeschäft, das Diskontgeschäft u. a. m. Ferner muß man gewisse Zahlungsgeschäfte, wie den gesamten Scheck-, Anweisungs- und Giroverkehr zu den Bankgeschäften zählen sowie die Anschaffung und Veräußerung von Zahlungsmitteln wie z. B. Schecks, Wechsel usw. Auch gehört das Geldwechslergeschäft zu den Bankgeschäften. Die Auffassung über die Grundgeschäfte, die dem Bankgewerbe eigentümlichen Geschäfte, gehen bei den einzelnen Schriftstellern oft sehr auseinander. Die einen gruppieren dabei nach rein wirtschaftlichen, die anderen nach rein rechtlichen Gesichtspunkten. Nach der Definition Staubs sind die dem Bankiergewerbe eigentümlichen Geschäfte nur die Geschäfte, welche die Bedürfnisse des Verkehrs nach Beschaffung und Veräußerung von Geld- und Wertpapieren befriedigen. Er zählt dazu auch das Inkassogeschäft, das Depositengeschäft sowie die Uebernahme von Anleihen und Gesellschaftsanteilen, betrachtet aber das Depotgeschäft, den Giro-, Scheck- und Anweisungsverkehr als Nebengeschäfte. Zu eng ist auch die An-

60) J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht § 58 I; Staub § 1 Anm. 64; Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 40; über die einzelnen Bankiergeschäfte s. auch Gareis, Handelsrecht S. 38 ff.

sicht Düringer-Hachenburgs. Er zählt zu den Bankgeschäften 1) die gewerbsmäßige Anschaffung und gewerbsmäßige Veräußerung von Wertpapieren und Geld, sei es für eigene, sei es für fremde Rechnung, 2) das gewerbsmäßige Abschließen von Darlehensverträgen mit Ausnahme des Pfandleihgeschäfts. Nur diese beiden Gruppen vermögen nach seiner Ansicht entweder einzeln oder in Verbindung miteinander die Bankiereigenschaft zu begründen, während alle anderen im Bankiergewerbe vorkommenden Geschäfte wie das Inkassogeschäft, das Depositengeschäft nach seiner Meinung Nebengeschäfte sind, die allein die Bankeigenschaft nicht zu begründen vermögen. Aber gerade die genannten Geschäfte dürften doch wohl zu den Hauptgeschäften im Bankgewerbe zu zählen sein. Mit Recht nennt J. v. Gierke a. a. O. eine derartige Einstellung Düringer-Hachenburgs und auch Staubs lebensfremd und doctrinär. Richtig ist vielmehr die Ansicht[61]), daß es eine abschließende allgemeingültige Definition über das Bankiergeschäft überhaupt nicht gibt, sich vielmehr nur die wichtigsten Gruppen aufzählen lassen, wobei weder nach rein rechtlichen noch nach rein wissenschaftlichen Gesichtspunkten zu gruppieren ist, sondern beide Gesichtspunkte gleichviel zu beachten sind. In § 367 HGB. nennt das Gesetz neben dem Bankiergeschäft das Geldwechslergeschäft. Wie bereits erwähnt, gehört letzteres aber zu den Bankiergeschäften. Auch der Geldwechsler ist Bankier. Einer besonderen Erwähnung im Gesetz hätte es daher mangels eines Grundes hierfür garnicht mehr bedurft; das Gesetz hat das Geldwechslergeschäft auch nur einer hergebrachten Formulierung folgend erwähnt.

Aus dem Wortlaut des § 367 HGB. ergibt sich weiter, daß das Gesetz die besondere Verpflichtung zur Sorgfalt an den Stand des Erwerbers knüpft. Der Erwerb braucht kein Handelsgeschäft zu sein[62]). Es ist daher ohne Bedeutung, ob der Bankier das Inhaberpapier innerhalb des Betriebes seines Handlungsgewerbes oder für sein Privatvermögen, (z. B. Kraft Vermächtnisses) erworben hat, Er muß in jedem Falle die Präsumtion des § 367 HGB. gegen sich gelten lassen und kann lediglich im letzteren Falle irgendwelche Argumente zum Gegenbeweis aus § 367 Abs. 2 HGB. anführen. Gleichgültig ist es auch, ob die Bankgeschäfte von einer natürlichen oder juristischen Person betrieben werden. Auch letztere können Bankiergeschäfte betreiben und nicht selten ist dies gerade bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts, bei Gemeinden, Kreisen oder Staaten der Fall. Diese juristischen Personen sind dann ebenfalls Kauf-

61) so J. v. Gierke a. a. O. § 58 I.
62) M. Wolff in Ehrenb. Handbuch IV 1, S. 53.

leute, wie z. B. die frühere bayerische Staatsbank, die preußische Staatsbank, ebenso die Reichsbank, wenn letztere auch auf Grund § 47 des Bankgesetzes vom 30. August 1924 nicht eintragungspflichtig ist.

Ist der Erwerber beruflich Vertreter eines Bankiers, aber nicht selbst Bankier (z. B. Prokurist in einem Bankgeschäft, Geschäftsführer einer GmbH. usw.) und erwirbt er ein Inhaberpapier im eigenen Namen, so gilt für ihn nach dem Wortlaut des Gesetzes § 367 HGB. nicht. Auf ihn finden daher beim Erwerb eines Inhaberpapiers die allgemeinen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb Anwendung; er ist bösgläubig nur, wenn er grobfahrlässig handelt. Beachtet er bei einem solchen Erwerb aber nicht die Sammelliste aufgerufener Wertpapiere, läßt er mit anderen Worten für sich nicht die Vorsicht walten, die er als Vertreter des Bankiers wahren müßte, so wird man bei ihm auch in der Regel grobe Fahrlässigkeit anzunehmen haben[63])

Die Person des Verkäufers ist für die Präsumtion ohne jegliche Bedeutung, dagegen kann sie für die Beurteilung des guten Glaubens des Erwerbers beim Vorliegen besonderer Umstände nach § 367 Abs. 2 HGB. sehr ins Gewicht fallen.

3) Ein abhanden gekommenes Inhaberpapier als Gegenstand des Erwerbs

Die Sondervorschrift des § 367 HGB. setzt ferner den Erwerb eines abhanden gekommenen Inhaberpapieres voraus, sei es einer Inhaberschuldverschreibung, einer Inhaberaktie oder eines Inhabergrundschuldbriefes, sei es eines inländischen oder ausländischen Papieres. Ausgenommen sind nur die Papiere, die Geldnatur haben oder geldähnlich oder so zahlreich umlaufen, daß eine Nachprüfung der Bekanntgaben im Reichsanzeiger so gut wie ausgeschlossen wäre und deshalb niemand zugemutet werden könnte. Es sind dies die in § 367 Abs. 3 HGB. genannten Papiere.

Was versteht nun das Gesetz unter dem Begriff „abhanden gekommen" und wann gilt ein Inhaberpapier als abhanden gekommen i. S. des § 367 HGB?

Bei der Lösung dieser Frage müssen wir auf die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. zurückgreifen, denn der § 367 HGB. ist, wie schon erwähnt, eine Sondervorschrift und stellt als solche einen Zusatz zu den §§ 932 ff., insbesondere zu § 935 BGB. dar. Sowohl aus der Fassung des Wortlauts des § 935 wie auch des § 367 HGB. ergibt sich, daß eine gestohlene oder verlorene Sache zu den abhanden gekommenen zählt, daß der Gesetzgeber gestohlene oder verlorene Sachen nur als Beispiele für „abhanden gekommene" aufgezählt hat. Durch diese Fassung des § 935

63) so auch M. Wolff in Ehrenb. Handb. Bd. IV 1 a. a. O.

Abs. 1 BGB. hat unser BGB. in glücklicher Lösung alle Zweifel vermieden, die bei der Auslegung des Art. 306 Abs. 4 des a. HGB. im Hinblick auf den Begriff „gestohlene oder verlorene Sachen" entstanden waren. Der dem § 935 BGB. zugrunde liegende und vorbildliche Artikel 306 Abs. 4 a. HGB. erwähnte nach seinem Wortlaut nur gestohlene und verlorene Sachen, wurde von der Praxis[64]) und der herrschenden Lehre[65]) aber auf alle die Fälle angewandt, in denen jemand wider seinen Willen und ohne sein Zutun den Gewahrsam der Sache verloren hatte. Damit hat unser BGB. durch die Fassung „gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen" das auch dem Art. 306 Abs. 4 des a. HGB. zugrunde liegende deutsch-rechtliche Prinzip, das zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust unterschied und bei ersterem eine Vindikation versagte, bei letzterem dagegen zuließ, klar zum Ausdruck gebracht. Der Entwurf I nahm in § 879 Abs. 2 diejenigen Sachen vom gutgläubigen Erwerb aus, welche „gestohlen worden, verloren gegangen oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigentümers oder desjenigen, welcher sie für denselben innehatte, aus der Innehabung abhanden gekommen seien", eine Fassung, die sachlich mit der jetzigen Fassung des Gesetzes in § 935 Abs. 1 vollkommen übereinstimmt. Die Motive bemerken hierzu: „Die alleinige Erwähnung der gestohlenen und verlorenen Sachen läßt das Prinzip nicht genügend deutlich hervortreten, da der Begriff des Verlorenseins an einer gewissen Unbestimmtheit leidet; es ist deshalb vorzuziehen, die wegen ihrer Konkretheit und Gemeingebräuchlichkeit sich empfehlende Ausdrucksweise des HGB. mit der prinzipiell richtigen Ausdrucksweise zu verbinden". Danach gilt nach dem allgemein anerkannten deutsch-rechtlichen Prinzip eine Sache dann als abhanden gekommen, wenn der Besitzverlust nicht auf den eigenen Entschließungen des Besitzers beruht, sondern der Besitzer ohne seinen Willen und ohne sein Zutun den Besitz der Sache verloren hat[66]). Um alle diese Fälle zu umfassen, hat unser BGB. in § 935 den Ausdruck „sonst abhanden gekommen" gewählt.

Das entscheidende Gewicht bei dem Begriffe des „Abhandenkommens" liegt also auf dem Moment des Willens und Fuld[67]) weist mit Recht darauf hin, daß es für den Begriff der abhanden gekommenen Sache nicht sowohl auf die Momente des Wissens und der Freiwilligkeit als vielmehr allein auf das Moment des Willens beim Besitzaufgebenden ankommt. Zwar ist willent-

64) RG. 1 S. 255, 418; 35 S 333.
65) Endemann, Handbuch Bd. II § 174; Goldschmidt Ztschr. Bd. 9 S. 11 ff.
66) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. III S. 349.
67) Arch. f. Z. Pr. Bd. 89 S. 405.

liche Aufgabe des Besitzes stets wissentliche, aber wissentliche nicht stets willentliche. Als Beispiel hierfür mögen Raub und Drohung dienen. Ein dem Besitzer durch Raub entzogener Besitz ist stets wissentlich, aber nicht willentlich entzogen und ein durch Drohung aufgegebener Besitz ist dagegen willentlich, aber nicht freiwillig aufgegeben. Geht man von dieser Erwägung aus, so ist es nicht folgerichtig, wenn Dernburg a. a. O. auch solche Sachen als abhanden gekommen betrachtet, deren Besitz der Besitzer durch widerrechtliche Drohung aufgegeben hat. Der Besitzer hat hier den Besitz doch auf Grund seines eigenen Willensentschlusses aufgegeben. Dernburg begründet seine Ansicht damit, daß Zwang und Erpressung dem Diebstahl billig gleichstehen[68]) müßten. Dem entgegnet Staub[69]): „Allein die Billigkeit kann hier nicht entscheiden. Das Gesetz hat nun einmal die erzwungene Willenserklärung nicht als nichtig, sondern nur als anfechtbar erklärt. Die erzwungene Eigentumsübertragung ist also nicht nichtig, sondern sie ist zunächst gültig und kann gültig bleiben, wenn sie nicht angefochten wird. Sie kann also in der hier in Rede stehenden Hinsicht nicht einfach unbeachtet bleiben und so angesehen werden, als beruhe die Uebertragung nicht auf einem Rechtsakte, sondern als liege ein einfaches tatsächliches Abhandenkommen vor, das auf rechtlich unbeachtlicher Entschließung des Besitzers beruht". Schließlich kann man der Ansicht Dernburgs noch entgegenhalten, daß, wenn die Strafbarkeit des Zwanges und der Erpressung, die ihn veranlaßt, sie dem Diebstahl gleichzustellen, hier ausschlaggebend für das Abhandenkommen sein soll, daß dann auch die dem mittelbaren Besitzer durch Unterschlagung des unmittelbaren Besitzers entzogene Sache als abhanden gekommen anzusehen wäre, denn auch die Unterschlagung ist strafbar. Auch Staub ist zu entgegnen, daß er zu Unrecht das entscheidende Gewicht seiner Begründung ebenso wie Levy[70]) u. a. m. auf rechtsgeschäftliche Gesichtspunkte legt, die m. E. für den Begriff des Abhandenkommens garnicht ausschlaggebend sind. Dieser muß vielmehr stets aus sich selbst heraus erklärt werden, wobei es lediglich darauf ankommt, ob der Eigentümer tatsächlich den Besitz hat aufgeben wollen oder ob er den Besitz wider seinen Willen und ohne sein Zutun eingebüßt hat. In der Literatur[71]) herrscht in dieser Frage überhaupt eine große Unsicherheit. Planck äußert sich dazu sehr zutreffend folgendermaßen: „Die

68) Dernburg § 103 II 2.
69) Staub § 366 Anm. 47.
70) Levy a. a. O. S. 19.
71) Vgl. hierüber Staub § 366 Anm. 45 ff.; Dernburg § 103 II Ziff. 2; Fuld im Arch f. z. Pr. Bd. 89 S. 404; Planck § 935 Bem. 2; s. auch RG, 1 S 257; Mot. III S. 343; Biermann § 935 Bem. 2.

meisten legen bei Besitzübertragungen das entscheidende Gewicht auf das Rechtsgeschäftliche im Vorgang, ob der Besitzer geschäftsfähig gewesen ist oder nicht, ob Nichtigkeit oder nur Anfechtung vorliegt, ob angefochten ist oder nicht, lauter Dinge, die nichts damit zu tun haben, ob die Sache mit Willen oder ohne Willen des Besitzenden in die Hände eines anderen gelangt ist".

Als ohne Willen in die Hände eines anderen gelangt, nennt das Gesetz gestohlene und verlorene Sachen. Unter gestohlenen[72]) Sachen versteht man die durch Diebstahl i. S. des § 242 StGB. abhanden gekommenen, ohne daß jedoch der Tatbestand des § 242 StGB. gegeben sein muß. Daß das Abhandenbringen gleichzeitig eine strafbare Handlung darstellt, ist nicht erforderlich. Auch in den Fällen des straflosen Diebstahls sind die Sachen ohne Willen des Besitzers aus dessen Gewahrsam verschwunden, wie z. B. im Falle der Wegnahme der Sache durch einen Unzurechnungsfähigen. Hierher gehört auch der Fall, wo der Dieb sich zur Wegnahme der Sache berechtigt glaubte[73]). Dasselbe gilt von alle den Fällen, in denen die Straflosigkeit in der Person des Täters begründet ist, wie z. B. eines Ehegatten oder Ascendenden (§ 247 Abs. 2 StGB.).

Die unterschlagenen Sachen zählen nur dann zu den abhanden gekommenen, wenn die Sache vorher gegen den Willen und ohne Zutun des Eigentümers aus dessen Besitz kamen wie z. B. bei der Fundunterschlagung. Jedoch bildet dieser Fall ja eigentlich keine Ausnahme, da die Sache als verlorene schon zu den abhanden gekommenen gehört. Unterschlagene Sachen zählen dann nicht zu den abhanden gekommenen, wenn sie der Gewährsmann des Eigentümers z. B. durch Weiterveräußerung, Wegwerfen oder Weggeben unterschlagen hat[74]). Das gilt für alle die Fälle der Unterschlagung durch unmittelbare Besitzer i. S. des § 868 BGB., denn diesen hat der Eigentümer seinen Besitz ja selbst anvertraut, er hat ihnen willentlich und durch sein Zutun den Besitz verschafft. Gerade die Unterschlagung der unmittelbaren Besitzer i. S. des § 868 BGB. bilden die Hauptfälle des gutgläubigen Erwerbs von Nichtberechtigten. Hier gilt der deutsch-rechtliche Grundsatz: „Hand muß Hand wahren". Andere klare Beispiele des Abhandenkommens außer gestohlen und

72) Das Wort „gestohlen" ist nicht im weiten Sinn des furtum des römischen Rechts aufzufassen, sondern eng nach dem geltenden Recht. Seuff. Arch Bd. 35 Nr. 5; Staudinger § 935 I 2a.

73) RGSt. 12 S. 88.

74) Binding will den Begriff „Abhandengekommen" auch auf alle unterschlagenen Sachen ausdehnen, indem er den Begriff „gestohlene Sache" auf jede durch Aneignungsdelikt dem Eigentümer abhanden gekommene Sache erweitern will.

verloren sind die durch Naturgewalt, wie z. B. durch Wegschwemmen, Wegfliegen usw. herbeigeführten. Auch die Fälle der Wegnahme durch unwiderstehliche physische Gewalt (Raub) und seelischen Zwangs z. B. durch Hypnose, die die Willensfähigkeit des Besitzers ebenfalls völlig ausschließt, sowie die im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit (z. B. bei Geisteskranken, sinnlos Betrunkenen, §§ 104, 105 BGB.) gehören hierher. Der Geisteskranke ist geschäftsunfähig. Geschäftsunfähige können aber keinen rechtlich erheblichen Willen in diesem Sinne haben. Von ihnen weggegebene Sachen müssen daher stets als abhanden gekommen gelten, selbst dann, wenn der Erwerber den Nichtwillensfähigen für willensfähig gehalten hat[75]).

Anders ist es dagegen im Falle der Besitzaufgabe durch den beschränkt Geschäftsfähigen. Die Weggabe durch den beschränkt Geschäftsfähigen ist stets von einem Willen getragen. Zwar ist eine Besitzaufgabe, die ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erfolgt, die auch nachträglich nicht erteilt wurde, unwirksam. Mit der Einwilligung ist sie jedoch wirksam und ohne dieselbe vorläufig auch nicht unwirksam (§ 108 BGB.). Mithin wird der Wille der in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkten Person immerhin beachtet. Das bestätigen auch die Motive a. a. O. S. 348: „Der beschränkt Geschäftsfähige kann nicht schlechthin als willensunfähig angesehen werden, das ließe sich mit dem Begriff der beschränkten Geschäftsfähigkeit nicht vereinbaren. Deshalb ist die von ihm vorgenommene Besitzaufgabe nicht ohne Willen erfolgt, die von ihm weggegebene Sache also auch nicht abhanden gekommen[76]).

Wie oben bei der Besitzaufgabe durch Drohung, so ist auch bei der Besitzaufgabe durch arglistige Täuschung im Falle des Betrugs die Sache nicht abhanden gekommen. Die Weggabe der Sache beruht auch hier auf dem eigenen Willen des Getäuschten. Dasselbe gilt beim Scheingeschäft. In diesen Fällen handelt es sich erstens nicht um eine willensunfähige Person und zweitens war der Wille der Besitzübertragung, auch wenn eine Eigentumsübertragung nichtig ist, bei dem bisherigen Besitzer gegeben. Den Besitz sollte ja der Erwerber erhalten, weshalb ihm die Sache auch übergeben wurde. Das Gesagte muß überhaupt bei allen Fällen nichtiger Eigentumsübertragung gelten, sofern nicht die Nichtigkeit ihren Grund in der absoluten

75) Dernburg Bd. III § 103 II 3; Staudinger § 935 I 2b; Mot. III S. 348.
76) Ebenso, v. Gierke Deutsches Privatrecht, Bd. II S. 245 Anm. 8; Staudinger § 935 I 2b; Dernburg III § 103 Anm. 11; Fuld im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 89 S. 406; Levy a. a. O. S. 20; A. Ansicht Planck § 935 Anm. 2; Biermann § 935 Bem. 2; Oertmann § 935 Anm. 2b; Düringer-Hachenburg Vor. bem. zu 366/367 Anm. 23.

Willensunfähigkeit des Veräußerers hat. So kann z. B. bei einer infolge Wuchers nichtigen Eigentumsübertragung nicht davon die Rede sein, daß dem Eigentümer die Sache, die er wissentlich und willentlich aus den Händen gab, etwa abhanden gekommen sei[77]).

Abzulehnen ist auch die Ansicht Dernburgs, daß im Falle einer Notlage, z. B. eines Brandes vom unmittelbaren Besitzer aus dem Fenster geworfene Sachen als abhanden gekommen anzusehen seien. Genau wie bei der arglistigen Täuschung und der Drohung beruht die Aufgabe des Besitzes hier auf dem alleinigen Willensentschluß des Besitzers. Auch bei der Drohung gibt der Besitzer die Sache nur unter dem Druck äußerer Verhältnisse auf, die unfreiwillige Aufgabe kann auch hier wie oben erörtert, nicht für den Begriff des Abhandenkommens ausschlaggebend sein[78]).

Schwieriger ist die Entscheidung über die Frage des Abhandenkommens in den Fällen des Irrtums. Hier muß man unterscheiden, ob die Voraussetzungen einer Anfechtung wegen Erklärungsirrtums — der Eigentümer hat die übergebene Sache mit einer anderen verwechselt — oder wegen Geschäftsirrtums — der Eigentümer wollte die übergebene Sache übergeben, hat sich aber über das Wesen der Uebergabe geirrt — gegeben sind. Zwar behandelt das BGB. bezüglich der Anfechtung beide Fälle gleich, für die Frage des Abhandenkommens ist eine Entscheidung aber aus tatsächlichen Gründen wesentlich. Im ersteren Falle, beim Irrtum über die Identität der Sache, fehlt nämlich der Wille auf Uebertragung des Besitzes an der übertragenen Sache, der Wille zur Uebertragung war vielmehr auf die andere nicht übertragene Sache gerichtet. Im Falle des Erklärungsirrtums muß daher die übergebene Sache als abhanden gekommen gelten. Beim Geschäftsirrtum wollte dagegen der Besitzer die übergebene Sache tatsächlich übertragen. Hier liegt der Besitzübertragung offensichtlich der Wille zugrunde, die Sache kann daher nicht als abhanden gekommen betrachtet werden. Aus diesen Erörterungen ergibt sich somit, daß die Verallgemeinerung Staudingers[79]), bei allen anfechtbaren Rechtsgeschäften sei kein Abhandenkommen anzunehmen, nicht zutreffend ist. Weil er auf die rechtsgeschäftliche Seite, worauf es aber bei Beurteilung des Abhandenkommens nicht ankommt, das entscheidende Gewicht gelegt hat, ist seine Ansicht abzulehnen.

---

77) Ebenso Planck § 935 Anm. 2; Staudinger § 935 I 2b.

78) Ebenso Düringer-Hachenburg Vorbem. zu 366/67 Anm. 24, der die Sache dann ebenfalls als abhanden gekommen betrachtet.

79) § 935 I 2b; vgl. ferner über diesen Streitpunkt Düringer-Hachenburg Vorbem. zu 366/367 Anm. 22 d u. 23; Fuld a. a. O. S. 403 ff; Dernburg 103 II 2; Planck § 935 Anm. 2.

Die Anwendung des § 367 HGB. beschränkt sich nun nach dem Wortlaut auf ein dem Eigentümer abhanden gekommenes Inhaberpapier. Der Eigentümer kann aber sowohl mittelbarer als auch unmittelbarer Besitzer sein. Ist er unmittelbarer Besitzer, und ist ihm als solchem ein Inhaberpapier abhanden gekommen, so gilt das bisher Gesagte. Wie ist aber der Fall zu beurteilen, wo er nur mittelbarer Besitzer ist, und ein anderer auf Grund eines Rechtsverhältnisses aus § 868 BGB. die Gewalt über die Sache ausübt und dieser nun seines Besitzes ohne sein Zutun verlustig geht?

Nach den obigen Darlegungen ist ein Inhaberpapier dem Eigentümer dann nicht abhanden gekommen, wenn dieser vorher den Besitz des Papieres einem anderen übertragen hatte und dieser nun seinen unmittelbaren Besitz mit seinem Willen, wenn auch ohne Willen des Eigentümers, etwa durch Weiterveräußerung oder Wegwerfen aufgegeben oder auf sonstige Weise von sich aus dem mittelbaren Besitzer entzogen hat. Es sind dies, wie erwähnt, die Fälle der Unterschlagung durch den unmittelbaren Besitzer, die wohl die Regel des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten gemäß den §§ 932/34 BGB. bilden. Entscheidend war hierbei, daß der Eigentümer die Sache absichtlich und willentlich aus der Hand gegeben hatte. Wird daher ein Inhaberpapier, das der Eigentümer einer Bank zur Aufbewahrung übergeben hat, von dieser ohne Wissen des Eigentümers veräußert, so gilt es nicht als abhanden gekommen.

Wird dem Eigentümer dagegen durch einen bloßen Besitzdiener (§ 855 BGB.) die Sache entzogen, wird für den Eigentümer stets ein Abhandenkommen vorliegen. Durch Einschaltung eines Besitzdieners bleibt der Eigentümer Besitzer, der Besitzdiener übt nur für den Eigentümer in dessen Haushalt kraft Auftrags die tatsächliche Gewalt über die Sache aus (wie z. B. der Dienstbote); infolgedessen ist hier stets der Wille des Eigentümers maßgebend. Es ist daher ohne Belang, ob dem Besitzdiener die Gewalt über die Sache ohne oder mit dessen Willen entzogen wurde, sei es, daß er vorsätzlich aber entgegen dem Wissen und Willen des Eigentümers den Besitz sich selbst angeeignet oder einseitig aufgegeben oder einem Dritten unbefugt übertragen hat. In allen Fällen ist dem Eigentümer ohne seinen Willen der Besitz entzogen worden. Dies gilt selbst für die Fälle, in denen der Besitzdiener in dem guten Glauben handelte, der Besitzherr sei mit der Weggabe der Sache einverstanden gewesen[80]).

80) Vgl RG. in JW. 09, 416; Staudinger § 935 I 2 b; Planck § 935 Anm. 3; RG. 71, 252 ff; Cosac § 198 Bd. II will hier eine Ausnahme dann eintreten lassen, wenn der Dienstbote wirklicher Besitzvertreter ist z. B. wenn die Herrschaft verreist ist.

Dem Standpunkt des alten deutschen Rechts entsprechend sollte man nun folgerichtig annehmen, daß ein Inhaberpapier auch dann nicht als abhanden gekommen gilt, wenn der unmittelbare Besitzer als Besitzmittler des Eigentümers ohne seinen Willen den Besitz des Papieres verloren hat, in unserem Falle also das Papier der Bank gestohlen worden ist; denn genau wie im ersteren Falle hat auch hier der Eigentümer mit seinem Willen und Zutun den unmittelbaren Besitz des Papieres aufgegeben. Der Wortlaut des § 367 HGB. allein gibt uns zu einer anderen Entscheidung auch keinerlei Anhaltspunkte. Wie jedoch oben S. 22/23 dargelegt wurde, bildet § 367 HGB. nur einen Zusatz zu § 935 BGB. Zweck des § 367 HGB. war, der Unsicherheit in der Rechtsprechung bzgl. des bösen Glaubens beim Erwerb abhanden gekommener Inhaberpapiere durch den Bankier abzuhelfen. Darüber hinaus sollten weder Begriff noch Umfang — d. h. wem die Sache im Rahmen des § 935 BGB. abhanden gekommen sein mußte, um den Schutz dieses Paragraphen zu genießen — durch § 367 HGB. eine Einschränkung erfahren. Der Begriff des Abhandenkommens ist folglich in § 367 HGB. in demselben Rahmen auszulegen, wie im § 935 Abs. 1 BGB. Der im § 935 Abs. 1 Satz 1 folgende Satz 2 lautet aber: „Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war". Ist also der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer, so soll die Vorschrift des § 935 Abs. 1 Satz 1 BGB. in gleicher Weise zur Anwendung kommen, wenn die Sache dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen ist; es soll m. a. W. für die rechtliche Beurteilung gleichgültig sein, ob die Sache dem Eigentümer selbst in der angegebenen Weise abhanden kam oder aber dessen unmittelbaren Besitzer (Besitzmittler i. S. des § 868 BGB.), d. h. also gegen den Willen und ohne das Zutun des letzteren im Sinne des Abs. 1 Satz 1.

Diese Ausdehnung des Abs. 1 Satz 2 wird man nach dem Gesagten auch auf § 367 HGB. Anwendung finden lassen müssen. Sind danach einem Bankier vom Eigentümer zur Aufbewahrung übergebene Papiere gestohlen worden, so gelten sie auch im Sinne des § 367 HGB. als dem Eigentümer abhanden gekommen. Es gilt das jedoch nur für die Fälle, wo dem Besitzmittler ohne Willen und Zutun der Besitz entzogen wurde und nicht für die Fälle der Unterschlagung, der freiwilligen Besitzaufgabe durch den Besitzmittler, wie oben nachgewiesen wurde. Kommt mehrfacher mittelbarer Besitz in Frage, z. B. der Bankier hat seinerseits mit Einwilligung des Eigentümers die Papiere zur Aufbewahrung wieder an einen Dritten weitergegeben, so wird man nach der Absicht des Gesetzes den Eigentümer unter der in Satz 2 genannten Bedingung möglichst weitgehend zu schützen,

auch dann die Papiere als dem Eigentümer abhandengekommen im Sinne des § 367 HGB. betrachten müssen, wenn dem Dritten der Besitz der Papiere ohne Wissen und Willen entzogen wurde[81]). Abzulehnen ist dagegen die Ansicht M. Wolffs[82]), der Abs. 1 Satz 2 auf jeden unmittelbaren Besitzer ausgedehnt wissen will, gleichviel, ob er dem Eigentümer mittelbaren Besitz vermittelt oder nicht. Diese Ausdehnung ist mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar[83]).

Den Handlungen der Besitzdiener der unmittelbaren Besitzer wird man dieselbe Wirkung beimessen müssen, wie wenn es sich um die Besitzdiener des Eigentümers selbst handelt.

Natürlich kann ein Inhaberpapier dann nicht als dem Eigentümer abhanden gekommen gelten, wenn dieser es seinem Besitzmittler, dem unmittelbaren Besitzer selbst weggenommen oder einen anderen mit der Besitzentziehung beauftragt hat, wenn mit a. W. die Besitzentziehung mit Wissen und Willen des Eigentümers erfolgt ist. Ein dem unmittelbaren Besitzer durch den Eigentümer entzogenes Papier ist wohl dem unmittelbaren Besitzer aber nicht dem Eigentümer abhanden gekommen; dem Eigentumserwerb eines solchen Papieres steht daher § 367 HGB. nicht entgegen. Dies muß auch dann gelten, wenn mehrere Besitzmittler des Eigentümers vorhanden sind und einer dieser dem unmittelbaren Besitzer das Papier, wenn auch ohne Willen und Wissen des Eigentümers, enwendet hat. Ein solcher Fall muß, wenn auch nicht strafrechtlich, so doch hier zivilrechtlich der Unterschlagung durch den unmittelbaren Besitzer gleichgeachtet werden.

Abhanden gekommen sind dagegen Inhaberpapiere, die zum Nachlaß gehören und sich bis zum Tode des Erblassers in dessen unmittelbaren Besitz befunden haben und dann ohne Willen des wirklichen Erben von einem anderen in Besitz genommen worden sind[84]). Nach § 857 BGB. wird der Erbe ohne äußere Besitzergreifung mit Eintritt des Erbfalls Besitzer der Nachlaßsachen. Veräußert nun der Erbschaftsbesitzer (§ 2018 BGB.) die zum Nachlaß gehörenden Sachen, so sind sie für den Erben

81) So auch Staudinger § 935 I 3 a.

82) Sachenrecht § 82 I 1, u. in Ehrenb. Handb. IV 1 S. 51. Wolff weist darauf hin, daß auch einige Landesgesetze ein Recht auf Veröffentlichung im Reichsanzeiger nicht nur dem Eigentümer sondern „dem bisherigen Inhaber" (so Sachsen Weimar Ausf. Ges. zum HGB. Art. 3, Reuß jüngere Linie Ausführungges. zum HGB. § 7) oder „demjenigen, dem das Papier abhanden gekommen ist" (Bayern AG. z. HGB. Art. 90) zusprechen. Dem ist entgegenzuhalten, daß diese landesgesetzlichen Bestimmungen eben nur im Rahmen des § 935 BGB. bezw. 367 HGB. ausgelegt und angewandt werden dürfen.

83) Ebenfalls ablehnend Staudinger a. a. O. A. Ans. Schlegel S. 62

84) Staudinger § 935 I 2 b; Planck § 935 Bem. 2.

abhanden gekommen, da sie ohne dessen Willen aus seinem Besitz gekommen sind. Die zweite Kommission[85]) hat einen Antrag, hier eine allgemeine Ausnahme zu Gunsten des Erwerbs von einem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer zuzulassen, ausdrücklich abgelehnt. Hat ein Miterbe in der Annahme, er sei Alleinerbe, eine Sache veräußert, so gilt dieselbe für seine Miterben als abhanden gekommen. Eine Ausnahme besteht allerdings in der Vorschrift des § 2366 BGB., also dann, wenn dem angeblichen Erben auch ein Erbschein erteilt worden ist. In diesem Fall ist nämlich der gutgläubige Erwerb durch einen Dritten nicht ausgeschlossen.

Gelangt ein abhanden gekommenes Inhaberpapier nachträglich wieder in den Besitz des Eigentümers oder des vermittelnden Besitzers, so verliert es damit die Eigenschaft des Abhandenkommens. Verweigert der Besitzmittler aus irgendwelchen Gründen die Annahme, so gilt es auch dann nicht mehr als abhanden gekommen. Das Papier gilt in diesen Fällen als wieder in den mittelbaren Besitz des Eigentümers bzw. unmittelbaren Besitz des Besitzmittlers des Eigentümers zurückgelangt und hört damit auf, abhanden gekommen zu sein. Auch hier muß der Annahmeverweigerung des unmittelbaren Besitzers die gleiche Wirkung zukommen, wie einer durch ihn erfolgten Unterschlagung[86]).

Kurz zusammengefaßt gilt ein Inhaberpapier nach dem Gesagten dann als abhanden gekommen i. S. des § 367 HGB., wenn es 1) dem unmittelbar besitzenden Eigentümer ohne seinen Willen und sein Zutun entzogen wurde, 2) wenn es einem unmittelbaren Besitzer als Besitzmittler des Eigentümers (§ 868 BGB.) sowohl ohne Willen des mittelbar besitzenden Eigentümers als auch des unmittelbar besitzenden Besitzmittlers dessen Besitz entzogen wurde. Steht mehrfacher mittelbarer Besitz in Frage, so darf keiner der Besitzmittler des Eigentümers zu dem Besitzverlust des unmittelbaren Besitzers beigetragen haben.

Wird ein nicht abhanden gekommenes Inhaberpapier fälschlich als abhanden gekommen bekannt gemacht, z. B. im Falle der Unterschlagung durch den Besitzmittler des Eigentümers, der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, Irrtums und Drohung, so ist § 367 HGB. nicht anwendbar. Eine entsprechende Ausdehnung des § 367 HGB. auch auf diese Fälle widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes[87]). Es gilt daher in einem solchen Fall nicht die Präsumtion des § 367 HGB., es finden

85) Prot. V S. 724.

86) Siehe hierzu Biermann § 935 Bem. 2.

87) A. Ans. M. Wolff. Er hält in Ehrenb. Handb. IV 1 S. 51 eine entsprechende Anwendung auch auf solche Fälle geboten. Ebenso Düringer-Hachenburg § 367 Anm. 2

vielmehr die gewöhnlichen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb gemäß §§ 932/34 BGB., 366 HGB. Anwendung. Natürlich wird es dem Eigentümer in einem solchen Fall der Bekanntmachung nicht schwer sein, dem Bankier seine Schlechtgläubigkeit beim Erwerb des Papiers nachzuweisen. Hierzu wird in der Regel der Nachweis der Bekanntmachung im Reichsanzeiger genügen, denn die Pflicht des Bankiers, den Reichsanzeiger zu beachten, besteht beim Erwerb eines jeden Inhaberpapieres, sie fließt nicht aus der Art des Verlustes, sondern der Art des Geschäfts des Erwerbers[88]). Erwirbt der Bankier daher einen fälschlich im Reichsanzeiger als abhanden gekommen bekanntgemachtes Inhaberpapier, so ist in der Regel seine Bösgläubigkeit durch den Nachweis der Bekanntgabe erwiesen. Eine solche Bekanntgabe führt daher praktisch zu demselben Ergebnis wie die Bekanntgabe eines wirklich abhanden gekommenen Inhaberpapieres; diese Tatsache rechtfertigt aber nicht die entsprechende Anwendung des § 367 HGB., die dann auch die Verpflichtung der Behörden zur Bekanntgabe solcher Papiere umfassen würde.

Daß die Ausgabe des Inhaberpapieres für die Frage des gutgläubigen Erwerbs ohne Bedeutung ist, es m. a. W. gleichgültig ist, wann das Papier abhanden gekommen ist, ob vor oder nach der Ausgabe, darauf habe ich oben S. 19 bereits hingewiesen.

4) Die Bekanntgabe des Verlustes im Reichsanzeiger und in anderen Blättern.

Der leitende Grundgedanke der Art. 306, 307 a. HGB.: die Klage auf Herausgabe eines Inhaberpapieres ist gegen den gutgläubigen Besitzer selbst dann nicht zulässig, wenn das Papier gestohlen oder verloren war, ist auch in unsere neueren Gesetze übergegangen. Der Unterschied, der durch Einführung des § 367 in unser HGB. zwischen der früheren und der heutigen Gesetzgebung entstanden ist, beruht vielmehr, wie Hoppenstedt[89]) richtig ausführt, „nicht sowohl auf einem verschiedenen Prinzip, als auf einer verschiedenen Ausführung ein und desselben gesetzgeberischen Gedankens". Mangels jeglicher gesetzlicher Bestimmungen bei der Prüfung der Gutgläubigkeit eines Bankiers beim Erwerb abhanden gekommener Inhaberpapiere mußte von dem erkennenden Gericht unter Zugrundelegung und Abwägung aller tatsächlichen Umstände allein nach freiem Ermessen entschieden werden, ob der Bankier im gegebenen Falle im guten Glauben erworben hatte oder nicht. Bei seiner Entscheidung ging dann das Gericht folgerichtig davon aus, daß dem Bankier beim Erwerb eines solchen Papieres eine höhere Sorg-

88) Düringer-Hachenburg Vorbem. zu §§ 366/367 Anm. 11, § 367 Anm. 2.
89) S. 6.

faltspflicht treffen müsse, als den Privatmann. Im Verfolg dieses Grundgedankens verlangte man dann von dem Bankier, daß er die in polizeilichen und sonstigen Blättern veröffentlichten Bekanntmachungen über abhanden gekommene Inhaberpapiere einer genauen Prüfung unterzog, eine für den Bankier fast unlösbare Aufgabe. Bei dieser Ueberprüfung der öffentlichen Bekanntmachungen waren dem Bankier nicht etwa eine bgrenzte Zahl von Blättern, an Hand deren er sämtliche in den einzelnen Landesteilen oder Städten veröffentlichten Inhaberpapiere kontrollieren konnte, als prüfungspflichtig bekannt gegeben, vielmehr mußte er die Veröffentlichungen in einer unbegrenzten Anzahl der verschiedensten hierzu von der Polizei in den einzelnen Landesteilen benutzten Organen prüfen. Es fehlte völlig an einer einheitlich organisierten Publikation, was mannigfache Zweifel aufkommen ließ, welche Anzeigen überhaupt gemeint seien. Daß eine dahingehende Rechtsprechung für den Bankierstand geradezu drückend und auf die Dauer unhaltbar war, dafür spricht deutlich das Urteil des Reichsgerichts[90]) vom 19. Februar 1896, welches allgemein ausspricht: „Die bloße Tatsache der Nichtberücksichtigung einer polizeilichen Anzeige seitens eines den Verkehr mit Wertpapieren gewerbemäßig betreibenden Kaufmanns genügt zur Begründung eines groben Verschuldens beim Erwerbe eines gestohlenen Papiers und mithin zur Annahme seiner Unredlichkeit beim Erwerbe, sofern er nicht seinerseits besondere Umstände darzutun vermag, die sein Verhalten in dem vorliegenden Einzelfall als entschuldbar erscheinen lassen". Und mit Recht heißt es im Bankarchiv Jahrgang 1902, 1903[91]): „zeigte diese Rechtslage ein vollständiges Verkennen dessen, was selbst von einem vorzüglich geleiteten Geschäftsbetriebe zu beanspruchen ist". In den Regierungsmotiven[92]) zu § 367 heißt es denn auch: „Dieser Judikatur gegenüber hat es sich als ein empfindlicher Mißstand erwiesen, daß es an einem für alle derartigen Bekanntmachungen bestimmten Organe fehlt. Die Folge ist, daß die einzelnen Polizeibehörden sehr verschiedenartige, manchmal nur wenig verbreitete Blätter für die von ihnen zu erlassenden Bekanntmachungen verwenden. Die Wirksamkeit der Bekanntmachung beschränkt sich dementsprechend meist auf enge räumliche Grenzen und gewährt den Eigentümern der abhanden gekommenen Papiere nur unzureichenden Schutz. Andererseits befinden sich die Bankgeschäfte in einer schwierigen Lage, da es ihnen an genügenden Anhaltspunkten dafür fehlt, auf welche öffentlichen

90) RG. 37, S. 69 ff.

91) Salomon und Brock im Bankarchiv Jahrgang 1902/03 S. 69 ff.

92) abgedruckt bei Hoppenstedt S. 10.

Blätter sie ihre Prüfung zu erstrecken haben und wielange die einmal erfolgte Bekanntmachung zu berücksichtigen ist. Diesen Uebelständen kann nur durch Vereinigung der Bekanntmachung in einem Centralorgan abgeholfen werden". Dieses Centralorgan wurde dann in § 367 HGB. in dem deutschen Reichs- und preußischen Staatsanzeiger bestimmt. Während jedoch in dem sranzösischen Vorbild, dem Bulletin officiell des opposition alltäglich eine Bekanntgabe sämtlicher abhanden gekommener Inhaberpapiere erfolgt, auch eine solche der bereits in früheren Nummern aufgeführten, soweit die Sperre noch gilt, hat man im Reichsanzeiger nur eine einmalige Bekanntgabe des betreffenden Papieres bestimmt. Dadurch fehlt es bzgl. der Bekanntmachungen im Reichsanzeiger dem Bankier an einer gewissen Uebersicht, da er doch nicht bei jedem Erwerbe sämtliche in der in § 367 HGB. bestimmten Frist erschienenen Ausgaben wieder nachschlagen kann. Immerhin war der größte Uebelstand durch die Zentralisation der Veröffentlichung beseitigt. Der Bankier hätte sich dann eben um eine gewisse Uebersicht sämtlicher bekanntgegebener Papiere zu haben, selbst eine Liste anfertigen müssen, in der er sich die einzelnen Nummern geordnet zusammenstellte. Dabei konnten ihm natürlich wieder Fehler unterlaufen, durch Vergessen von Nummern oder falschen Eintragungen, die ihn natürlich dann vor Bosgläubigkeit nicht schützen konnten. Wünsche zwecks Einführung einer übersichtlichen Bekanntgabe sah man wohl als berechtgt an, wies sie jedoch als eine verwaltungstechnische Angelegenheit, für die im Gesetz kein Raum sei, mit Recht zurück. Da man die Schwierigkeit zur Führung einer übersichtlichen Liste über die im Reichsanzeiger bekannt gegebenen Papiere und die infolgedessen damit verbundene Gefahr für jeden einzelnen Bankier erkannte, entschloß sich die Bank des Berliner Kassenvereins ab 1. Jan. 1900 eine Sammelliste aufgehobener Wertpapiere herauszugeben. Diese Liste, die keinen amtlichen, sondern nur privaten Charakter hat, erscheint täglich außer an Sonn- und Feiertagen und enthält u. a. solche Inhaber- und Orderpapiere, die seit dem 1. 1. des vorhergehenden Kalenderjahres von einer öffentlichen Behörde oder dem Verpflichteten im Reichsanzeiger als abhanden gekommen gemeldet sind, ferner die in Paris, Buenos Aires, Bukarest, Luxemburg, Madrid und Kairo mit Opposition belegten Papiere[93]), soweit sie an einer deutschen Börse notiert werden. Außerdem enthält sie noch die Nummern derjenigen Papiere, die von der Berliner Polizeibehörde bekannt gemacht wurden, ferner diejenigen, welche im deutschen Fahndungsblatt im Central-Polizeiblatt in der Norddeutschen Allgemeinen Zeitung und

93) Wolff in Ehrenb. Handb. Bd. IV 1 S. 51.

durch direkte polizeiliche Mitteilung als gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen gemeldet sind. Diese werden ebenfalls wie die Reichsanzeigernummern noch ein ganzes Jahr nach Ablauf des Jahres der Veröffentlichung aufgeführt[94]). Erledigte Bekanntgaben werden in dieser Liste nicht besonders bekannt gegeben, sondern lediglich in den folgenden Listen fortgelassen, sodaß alle diejenigen Papiere, die in der Liste stehen, zu beachten sind, also gleich der Bekanntmachung in dem französischen Bulletin officiell des oppositions.

Es fragt sich nun, ob der Bankier neben dem Reichsanzeiger auch noch die soeben genannten und anderen Blätter und Bekanntgaben beachten muß, ob eine grobe Fahrlässigkeit des Bankiers trotz Beachtung des Reichsanzeigers damit begründet werden kann, daß der Bankier andere Verlustanzeigen als die im Reichsanzeiger nicht berücksichtigt hat. Gewiß wird wie Staub[95]) richtig bemerkt, nicht etwa durch § 367 HGB. die Prüfungspflicht des Bankiers auf die Durchsicht der in der kritischen Zeit im Reichsanzeiger geschehenen Veröffentlichungen abhanden gekommener Inhaberpapiere festgestellt und beschränkt, es muß aber allgemein als der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns entsprechend erachtet werden, welche § 347 HGB. dem Kaufmann auferlegt, wenn er nur die Bekanntmachungen des deutschen Reichsanzeigers beachtet, da hiermit für die öffentlichen Behörden wie auch für den aus der Urkunde Verpflichteten ein Centralorgan geschaffen ist. Demgegenüber wird sich nicht leugnen lassen, daß besondere Umstände eintreten können, in welchen eine Beachtung von Bekanntmachungen anderer Art Pflicht ist, deren Unterlassen daher den guten Glauben ausschließen müßte. Eine solche Pflicht der Nachforschung entspringt der Vorschrift des § 347 HGB.[96]). Die Denkschrift S. 363 sagt zu diesem Punkte: „Falls nicht besondere Umstände vorliegen, muß angenommen werden, daß ein Bankier seiner Pflicht genügt, wenn er nur die Bekanntmachungen des Reichsanzeigers berücksichtigt; denn sobald ein Centralorgan besteht, dessen Veröffentlichungen von dem Gesetze mit besonderer Wirkung ausgestattet sind, darf jeder Bankier davon ausgehen, daß dieses Organ für alle Bekanntmachungen, die eine derartige Wirkung haben sollen, auch tatsächlich benutzt wird. Es ist mit Sicherheit zu erwarten, daß namentlich auch die Rechtssprechung diese Gesichtspunkte zur Geltung bringen wird".

Verfolgt man den Zweck des Gesetzes, so wird im allgemeinen dem wohl zuzustimmen sein. Denn wie sich aus der Ent-

94) Bankarchiv 1902/03 S. 71; Hoppenstedt S. 15.

95) Staub § 367 Anm. 5.

96) Seuff. Blätter für Rechtsanwendung Bd. 63 S. 30.

stehungsgeschichte und den amtlichen Materialien ergibt, ist der Zweck des Gesetzes die Bekanntgabe von abhanden gekommenen Inhaberpapieren zu zentralisieren, einerseits zum Schutze und Vorteil des Eigentümers, andererseits zur Erleichterung für den Bankier. Dieser Zweck würde vollkommen vereitelt, wenn dasselbe Gesetz außerdem dem Bankier noch die Beachtung von Veröffentlichungen in einer Anzahl anderer Blätter zur Pflicht machte. Dadurch würde ja der alte Zustand wieder hergestellt, der beabsichtigte Erfolg des Zentralisierens illusorisch, das erlassene Gesetz völlig überflüssig. Als logische Folge ergibt sich daher, daß der Kreis der Prüfungspflicht außerhalb des Reichsanzeigers so eng wie möglich zu ziehen ist[97]). Natürlich entsprechen diese Bekanntmachungen in anderen Blättern direkt nicht dem Gesetze, sie können indirekt aber unter Umständen als Beweismittel für den schlechten Glauben des Bankiers erheblich sein[98]). So kann man dem Bankier nicht zur Pflicht machen, die Sammelliste zu beachten. erwirbt er aber ein in ihr angezeigtes Inhaberpapier, so wird man ihn als grob-fahrlässig handelnd betrachten müssen, da sich das Unterlassen der Lektüre eines derartig ihm leicht zugänglichen Prüfungsmittels als eine besonders schwere Verletzung seiner Sorgfaltspflicht darstellen wird. Dabei mag man ruhig unterstellen, daß eine Bekanntmachung im Reichsanzeiger noch nicht erfolgt war.

Dasselbe muß von der Nichtbeachtung einer dem Bankier direkt zugehenden polizeilichen Mitteilung[99]) gelten, wo ihm die Kenntnisnahme doch besonders leicht und auffällig vermittelt wird. So wird sich vor allem eine Beachtung anderer als der im Reichsanzeiger erfolgten Bekanntgaben auf die Fälle erstrecken müssen, wo nach Lage der Sache eine Bekanntmachung im Reichsanzeiger überhaupt noch nicht enthalten sein konnte[100]). Gerade dieser in den Motiven[101]) des Gesetzes zum Ausdruck kommende Gesichtspunkt ist es auch, der dem Bankier bei Vermeidung der Verletzung seiner kaufmännischen Sorgfaltspflicht aufgibt, von den Bekanntmachungen in dem von der Polizei-

97) So auch mit Recht Bankarchiv 1902/03 S. 72.

98) Düringer-Hachenburg § 367 Anm. 3.

99) So RG. 6, 19 ff.

100) Beispiele hierzu s. in Seuff. Bl. für Rechtsanwendung Bd. 63 S. 30.

101) In den Motiven S. 208 heißt es: „Auch läßt es sich nicht etwa bestimmen, daß ein Bankier stets nur die Bekanntmachungen des Reichsanzeigers und sonst keinerlei Mitteilungen oder Veröffentlichungen zu berücksichtigen habe. In solcher Allgemeinheit wäre der Satz bedenklich, denn u. U. z. B. für die Zeit bis zum Eintreffen des Reichsanzeigers, kann dem Bankier nicht ohne weiteres die Pflicht abgenommen werden, auch eine Bekanntmachung zu berücksichtigen, die von der Polizeibehörde des Ortes seiner Niederlassung in dem für ihre Veröffentlichungen benutzten Blatte bewirkt ist".

behörde des Ortes seiner Niederlassung für ihre Veröffentlichungen gewöhnlich benutzten Blatt Kenntnis zu nehmen[102]). Auch diese Bekanntmachungen werden dem Bankier oft schneller zugehen, als eine Publikation im Reichsanzeiger. Deshalb kann auch eine dem Bankier dahin auferlegte Pflicht, sich über die allerjüngsten Verluste durch das ihm schnell arbeitende und leicht zugängliche Organ zu unterrichten, nur als billig und die Zentralisation als nicht vereitelnd erachtet werden. Natürlich darf man diese Sorgfaltspflicht des Bankiers nicht auch auf amtliche Bekannmachungen anderer Polizeibehörden als der des Ortes seiner Niederlassung ausdehnen. Eine derartige Ausdehnung würde den Rahmen seiner Sorgfaltspflicht überschreiten. Dem Zweck des § 367 HGB., möglichst eine Centralisation der Bekanntmachung im Reichsanzeiger herbeizuführen, würde es auch widersprechen, wollte man dem Bankier zur dauernden Pflicht machen, die Bekanntmachungen im Deutschen Fahndungsblatt zu beachten. In ihm werden zwar abhanden gekommene Inhaberpapiere bekannt gemacht und sogar vierteljährlich ein übersichtliches Verzeichnis der in den letzten drei Monaten beim Berliner Polizeipräsidium als abhanden gekommenen Wertpapiere mit Ausnahme von Zins- und Gewinnanteilscheinen[103]) veröffentlicht, als Voraussetzung der Anwendung des § 367 HGB. schlechthin dürfte diese Veröffentlichung aus besagten Gründen jedoch nicht genügen. Natürlich schließt das nicht aus, daß, wenn besondere Umstände vorliegen, dem Bankier die Nichtbeachtung des Fahndungsblattes als schuldhafte Unterlassung seiner pflichtmäßigen Aufmerksamkeit angerechnet werden kann. Im allgemeinen ist dieses jedoch nicht anzunehmen, zumal das Deutsche Fahndungsblatt in erster Linie den Untersuchungsbehörden bei Verfolgung von Straftaten zu dienen bestimmt ist.

Die gleiche Sorgfaltspflicht trifft den Bankier auch bei der Beachtung der in der früheren Norddeutschen Allgemeinen Zeitung und im Centralpolizeiblatt erlassenen Bekanntmachungen. Auch zu ihrer Beachtung ist der Bankier nicht verpflichtet und nur besondere Umstände lassen ihn auch hier durch ihre Nichtbeachtung schlechtgläubig erscheinen.

Ueberhaupt muß man eine Pflicht des Bankiers zur Beachtung solcher Veröffentlichungen ablehnen, die einen ganz anderen als den nach § 367 HGB. beabsichtigten Zweck verfolgen. Es sei hier an die Bekanntmachung im Steckbrief gedacht. „Steckbriefe haben nach § 131 StPO. den Zweck, die Vollziehung

---

102) Siehe auch RG. in Gruch. Bd. 35 S. 130.

103) Weissler, Preuß. Arch. 99, 49, Verfügung des Preuß. Ministeriums des Inneren vom 13. März 1899.

eines Haftbefehls herbeizuführen, es besteht daher für die Bankgeschäfte keine Verpflichtung, alle Steckbriefe durchzusehen, die im Reichsanzeiger oder in einem anderen Blatt veröffentlicht werden, das für Geschäftszwecke gehalten wird, um sich zu vergewissern, ob nicht in dem einen oder anderen Wertpapiere als entwendet bezeichnet sind. Die Bankgeschäfte haben vielmehr in anderer Weise dafür Sorge zu tragen, daß sie von bekannt gemachten Entwendungen von Papieren Kenntnis erlangen“ [104]).

Einen anderen Zweck verfolgt auch die Einrückung des Aufgebots verlorener Papiere gemäß § 1009 ZPO., ferner die Bekanntgabe einer Zahlungssperre gemäß § 1019 ZPO., die nur eine Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen bzw. bei der Zahlungssperre ein Zahlungsverbot bezwecken. Sie stellen keine Veröffentlichungen im Sinne des § 367 HGB. dar.

Aus diesen Betrachtungen ergibt sich als Schlußfolgerung, daß der Eigentümer seinen Verlust, wenn er die Rechtswohltat des § 367 HGB. für sich in Anspruch nehmen will, im Deutschen Reichsanzeiger bekannt geben muß. Die Bekanntmachung in anderen Blättern entspricht dem Gesetze nicht, sie kann grundsätzlich in einem Einzelfall nur unter besonderen Umständen materiell-rechtlich einer Bekanntmachung im Reichsanzeiger gleichgeachtet werden.

Die Veröffentlichung selbst muß erfolgen entweder von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten. Welchen öffentlichen Behörden die Bekanntmachung obliegt, entscheidet sich nach den einzelnen Landesrechten. Nach der Denkschrift kommen insbesondere die Polizeibehörden, die Gerichte[105]) und Staatsanwaltschaften in Betracht.

In den meisten Landesteilen ist die Bekanntmachung an die Voraussetzung der Glaubhaftmachung geknüpft[106]). Ist das Abhandenkommen genügend glaubhaft gemacht, so sind die dazu bestimmten Behörden, in der Regel sind es die Polizeibehörden, auf Antrag und auf Kosten des Antragstellers verpflichtet, die Bekanntmachung zu erlassen. Es hängt dann nicht von deren freien Ermessen ab. Um den Schutz des Eigentümers genügend zu gewährleisten, muß die Bekanntmachung unverzüglich und auf schnellstem Wege erfolgen, und da sie meist auf Kosten des Antragstellers erfolgt[107]), ist sie auf Verlangen desselben sogar telegraphisch oder telefonisch herbeizuführen[108]).

104) Seuff. Arch. Bd. 55 Nr. 89.

105) Vgl. hierzu Ehrenb. Handb. IV 1 S. 51 Anm. 33.

106) In Sachsen nicht erforderlich.

107) Vgl. hierzu Ehrenb. Handb. IV 1 S. 51 Anm. 33. In einigen thüringischen Staaten trifft die Veröffentlichung die Amtsgerichte.

108) § 7 AV. z. HGB. Sachsen schreibt dies sogar ausdrücklich vor.

Dass sie von der landesrechtlich zuständigen Behörde erfolgt, ist nach Martin Wolff a. a. O. unerheblich für die Anwendung des § 367 HGB.

Die Regelung des Antragsberechtigten ist in den einzelnen Gesetzen ebenfalls verschieden. M. Wolff sagt hierzu: „Als antragsberechtigt gilt bisweilen jeder Berechtigte[109]), bisweilen nur der Eigentümer des Papiers[110]) (dem in diesem Falle auch der Nießbraucher und Pfandgläubiger gleich stehen müssen) — vgl. § 1065, 227 BGB. — bisweilen der, dem das Papier abhanden gekommen ist[111]), oder endlich der bisherige Inhaber[112]).

Der Ausdruck: „den aus der Urkunde Verpflichteten" paßt eigentlich nur für Inhaberschuldverschreibungen. Natürlich stehen aber, wie auch M. Wolff a. a. O. sagt, bei Inhabergrundschuldbriefen der Eigentümer des belasteten Grundstücks, bei Inhaberaktien die Aktiengesellschaft an Stelle des Verpflichteten. Er fährt dann weiter fort: „Die Anwendung des § 367 HGB. kann aber nicht davon abhängen, daß der wirklich Verpflichtete die Bekanntmachung bewirkt, sondern es muß genügen, daß die Bekanntmachung von einem vermeintlich Verpflichteten herrührt, z. B. von einem Erbschaftsbesitzer, nach dem Tode des Urschuldners von dem Bucheigentümer des mit der Inhabergrundschuld belasteten Grundstücks".

Eine von dem Bestohlenen oder Verlierer ausgehende private Mitteilung allein hat nicht diese Bedeutung. Sie kann mangels einer Bekanntmachung im Reichsanzeiger dann höchstens als Teil des dem Verlierer obliegenden Beweises der mala fides des Erwerbers und zwar nicht nur der des Bankiers in Betracht kommen. Denn dann findet nicht § 367 HGB. sondern die allgemeinen Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb des BGB. Anwendung.

Die Bekanntmachung muß die Inhaberpapiere so genau bezeichnen, daß der Bankier auch in der Lage ist, die ihm zum Erwerbe angebotenen Effekten einer sicheren Prüfung zu unterwerfen. Hierzu ist erforderlich, daß er in der Regel die Nummern und bei verschiedenen Emissionen auch die Serien angibt. Die einfache Anzeige, daß eine Anzahl Schuldverschreibungen des Deutschen Reiches in einem bestimmten Hause gestohlen wurde, genügt nicht. Zwar wird bei einigen seltenen Papieren, wie z. B.

---

109) So Hessen, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Sachsen-Altenburg, Reuß ältere Linie, Lübeck.

110) So Preußen, Württemberg, Braunschweig, Anhalt, Schsen-Coburg-Gotha, Sachsen-Meiningen, Schwarzburg-Rudolstadt, Schaumburg-Lippe, Lippe, Waldeck, Hamburg.

111) So Bayern, hierzu vgl. oben die Ausführungen über abhanden gekommen i. S. des § 367 HGB.

112) So Sachsen-Weimar, Reuß jüngere Linie, in Sachsen und Hamburg wird ein Antragsberechtigter nicht bezeichnet.

Aktien einer kleinen Gesellschaft, die nicht auf dem Markte sind, unter Umständen die bloße Beschreibung der Stücke ohne Nummernangabe genügen.

Als Inhalt der Bekanntmachung genügt lediglich die Tatsache des Verlustes der abhanden gekommenen Papiere, eine Warnung vor Ankauf erübrigt sich, jedoch muß die Bekanntmachung zu dem Zwecke erfolgen, den Verlust des Inhaberpapieres bekannt zu geben. Bekanntmachungen einer Behörde zu anderem Zwecke, die auch oben bereits erörtert, bildet keine Voraussetzung für die Anwendung des § 367 HGB.

5) Zeitliche Begrenzung der Wirkung der Bekanntmachungen.

Die Wirkung der einmal erlassenen Bekanntmachung im Sinne des § 367 HGB. ist nicht von unbestimmter Dauer, sondern zeitlich genau begrenzt. Nach § 367 HGB. ist der gute Glaube des Bankiers auf Grund der Bekanntmachung im Reichsanzeiger nur dann ausgeschlossen, „wenn z. Zt. der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war". Nur wenn die Bekanntmachung des ein abhanden gekommenes Inhaberpapier erwerbenden Bankiers innerhalb dieser Zeitspanne liegt, ist der Bankier gemäß der Vorschrift des § 367 HGB. bösgläubig. Er hat also bei seinem Erwerber stets die Bekanntmachungen zweier Jahrgänge des laufenden und des vorhergegangenen Jahrganges zu beachten. Dabei ist es ohne Bedeutung, an welchem Tage des vorhergegangenen Jahres die Bekanntmachung erfolgt ist. Einer Bekanntmachung am 31. Dez. 1930 kommt dieselbe Wirkung zu wie einer Bekanntmachung vom 1. Jan. desselben Jahres. In beiden Fällen ist die Wirkung der Bekanntmachung mit Ablauf des folgenden Jahres, also des 31. Dez. 1931, erloschen. Aus diesem Grunde enthält die von dem Bankier im allgemeinen an Stelle des unübersichtlichen Reichsanzeigers benutzte Sammelliste aufgerufener Wertpapiere sämtliche vom 1. Jan. des vorhergegangenen Jahres aufgerufene Wertpapiere. Die Wirkung der Bekanntmachung im Reichsanzeiger ist also an diese zeitliche Grenze gebunden. Es geht nicht an, von dem Bankier auch noch die Lektüre weiter zurückliegender Bekanntmachungen zu verlangen. Sie widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes und würde zudem den wahren Zweck des § 367 HGB. vereiteln. Vor Inkrafttreten des § 367 HGB. hat es sich der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts gegenüber außer dem Mangel an einem zur Veröffentlichung von abhanden gekommenen Inhaberpapieren bestimmten Blatte weiterhin als empfindlicher Mißstand erwiesen, daß die in den verschiedenen

Blättern erfolgten Bekanntmachungen noch dazu in ihrer zeitlichen Wirkung unbegrenzt waren. Eine einmal erfolgte Bekanntmachung war von unbestimmter Dauer und ihre zeitliche Wirkung von dem freien Ermessen des Richters abhängig[113]). Hinzu kam, daß die Bekanntmachungen einzelner Papiere sich dadurch erledigten, daß dieselben wieder ihrem Eigentümer zugeführt oder inzwischen gutgläubig von einem Dritten zu Eigentum erworben worden waren, denen so der Makel des Abhandenkommens entfiel. Für eine dann zu erfolgende Widerrufung der ersten Bekanntmachung war aber keine Sorge getragen und das Papier galt immer noch als abhanden gekommen, wodurch eine nicht unwesentliche Erschwerung im Rechtsverkehr eintrat, denn der gutgläubige Erwerber konnte es infolge der Bekanntmachung nur sehr schwer wieder weiter verkaufen. Wenn auch heute noch keine gesetzliche Handhabe zur Bekanntgabe wieder aufgefundener oder gutgläubig zu Eigentum erworbener Papiere gegeben ist, so besteht hierfür doch ein ausreichender Ersatz in der Zeitbestimmung des § 367 HGB. Erfolgt nach Ablauf der fraglichen Zeit keine Erneuerung der Bekanntgabe, so kann der Bankier annehmen, daß das betreffende Papier seine Erledigung gefundenhat, auch wenn er die frühere Anzeige kennt. Eine Erneuerung sämtlicher Bekanntmachungen, die keine Erledigung gefunden haben in einer einzigen am Schluß des nächsten Jahres zu bewirkenden Veröffentlichung kann diese Annahme vereiteln. Das war auch die Auffassung des Gesetzgebers[114]). Es muß den Beteiligten überlassen bleiben, den Folgen des Zeitablaufs durch rechtzeitige Veranlassung einer erneuten Bekanntmachung im Reichsanzeiger vorzubeugen. Erfolgt eine Wiederholung der Bekanntgabe nicht, so kommt § 367 HGB. für die Frage, ob der erwerbende Bankier gutgläubig war oder nicht, nach Ablauf der in § 367 HGB. bestimmten Frist nicht mehr in Betracht[115]). Mit Recht führt Ritter[116]) hierzu aus: „Dem Bankier kann nicht etwa, wie Scherer[117]) will, angesonnen werden, dem von ihm an der Hand der Veröffentlichungen im Reichsanzeiger geführten Verlustregister auch nach Ablauf der gesetzlichen Jahresfrist Beachtung zu schenken, sonst hätte die zeitliche Begrenzung keinen Sinn. Eine grundlose Erschwerung des Verkehrs würde die Folge sein. Besteht der Anlaß zur Bekanntmachung noch fort, so muß es den Beteiligten

113) So ist z. B. in der Entscheidung des RG. vom 19. Febr. 1896 ein Zeitraum von 2½ Jahren erwähnt.
114) Denkschrift S. 209.
115) Ebenso Martin Wolff in Ehrenb. Handb. IV 1 S. 53 und Jacobi, Wertpapiere S. 70.
116) Ritter a. a. O. S. 145/46.
117) Scherer a. a. O. S. 1171.

überlassen bleiben, den Folgen des Zeitablaufs durch Veranlassung einer erneuten Bekanntmachung vorzubeugen".

Die Veröffentlichung im Reichsanzeiger muß, wenn sie den guten Glauben des Bankiers zerstören soll, zur Zeit des Erwerbes durch den Bankier erfolgt sein. Liegen beim Erwerb der obligatorische und der dingliche Vertrag zeitlich auseinander, so muß es genügen, wenn die Veröffentlichung vor der Uebergabe des Papieres erfolgt war. Daß sie während des ganzen Vertragszustandes, also schon bereits mit Abschluß des obligatorischen Vertrages erfolgt war, ist nicht erforderlich. Der kritische Zeitpunkt ist stets die Uebergabe des Papieres.

Auch wenn sich der Eigentumserwerb gemäß § 930 BGB. durch constitutum possessorium vollzieht, liegen Einigung und Uebergabe zeitlich voneinander getrennt. Nach § 933 BGB. wird der Erwerber, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, erst dann Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht im guten Glauben ist. Es muß also beim Erwerb durch constitutum possessorium der Erwerber zur Zeit der Uebergabe gutgläubig sein. Ist die Bekanntmachung somit nach dem obligatorischen Kaufvertrag und der Vereinbarung des constitutum possessorium, aber vor der Uebergabe erfolgt, so ist der Erwerber ohne weiteres bösgläubig. War dagegen zur Zeit des obligatorischen Kaufabschlusses eine Veröffentlichung im Reichsanzeiger bereits erfolgt, die Frist aus § 367 HGB. aber noch nicht abgelaufen und läuft diese nun vor der Uebergabe ab, so wird man bei strenger und auch durchaus gerechter Durchführung obigen Grundsatzes die Anwendung des § 367 HGB. für diesen Fall verneinen und hier das mildere Recht des BGB. Anwendung finden lassen müssen[118]). Natürlich muß seit Ablauf der alten Frist die Wiederholung der Bekanntmachung möglich und der Bankier in der Zwischenzeit bis zum Erwerbe in der Lage gewesen sein von ihr Kenntnis nehmen zu können. Eine Zweifelsfrage ist es nun, welche zeitliche Wirkung eine private Mitteilung von dem Verlust auf den Ausschluß des guten Glaubens des Erwerbers hat. Auf keinen Fall darf man annehmen, daß die private Mitteilung hinsichtlich ihrer zeitlichen Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung im Reichsanzeiger gleich stehe. Erfolgt nach einer privaten Mitteilung in angemessenem Abstand keine Bekanntmachung im Reichsanzeiger, so wird der Bankier stets annehmen dürfen, daß die Angelegenheit dann ihre Erledigung gefunden hat. Dies ergibt sich auch aus dem Kommissionsbericht vom 1. April 1897 zu § 359 (später § 367) des Regie-

118) So auch M. Wolff in Ehrenb. Handb. IV 1 S. 53.

rungsentwurfs zum HGB.[119]). Daselbst war von einer Seite beantragt worden zu dem Abs. 1 des § 367HGB. folgenden zweiten Absatz einzuschieben: „Desgleichen gilt der gute Glaube bei demjenigen Kaufmann als ausgeschlossen, welchem eine Mitteilung über gestohlene, verloren gegangene oder sonst abhanden gekommene Inhaberpapiere unmittelbar zugegangen ist, sofern seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Mitteilung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war". Derselbe wurde aber abgelehnt mit der Begründung, daß die Annahme des Antrags, dessen Schwerpunkt in der Zeitbestimmung liege, Verwirrung in der Auslegung des Gesetzes anrichten würde und man es deshalb für zweckmäßig halte, die Frage des guten Glaubens nach der Lage des Einzelfalles zu entscheiden. „Für diese Entscheidung aber sei von Bedeutung, ob nach der privaten Anzeige eine Veröffentlichung im Reichsanzeiger erfolgt sei oder nicht und ob letztere nach einem Jahre erneuert sei. Sei dies nicht geschehen, dann dürfe der Bankier in der Regel davon ausgehen, daß die Sache ihre Erledigung gefunden habe". Ein anderes Mitglied der Kommission erklärte allerdings den Antrag für den Fall, daß die Benachrichtigung von dem Bestohlenen selbst ausgehe, für überflüssig, in diesen Fällen nämlich werde der gute Glaube ohnehin ausgeschlossen und demgegenüber enthalte der Antrag sogar eine Einschränkung. Hierzu führt Fuld[120] zutreffend aus: „Es ist dies nur insofern richtig, als man die Zeit von der privaten Mitteilung bis zur öffentlichen Bekanntmachung im Reichsanzeiger im Auge hat, keineswegs kann aber zugegeben werden, daß man der unmittelbaren Mitteilung eine unbeschränkte zeitliche Wirkung beilegt". In diesem Falle würde ja die Wirksamkeit des § 367 Abs. 1 HGB. dadurch wesentlich geschmälert, daß das Publikum außer dem Reichsanzeiger noch andere Mittel zur Sperre hätte und von diesen ihm bequemeren Mitteln Gebrauch machen würde, während es von den besseren Abstand nehmen würde. Die Bedeutung des Reichsanzeigers als Centralorgan wäre damit aufgegeben, um sie zu wahren, kann und muß aber einer solchen privaten Mitteilung deshalb nur ein interimistischer Charakter beigemessen werden. Dasselbe muß auch von allen anderen nicht im Reichsanzeiger erfolgten Mitteilungen gelten. Zweifellos können auch sie keine längere Prüfungspflicht auferlegen, als die Bekanntmachung im Reichsanzeiger, also bis zum Ablauf des auf die Bekanntmachung folgenden Jahres. Dass die Sammelliste sie tatsächlich auf diese Zeit berücksichtigt, entbehrt m. E. sogar jeglichen rechtlichen Grundes. Der einzige Grund, der die Beachtung der Ver-

119) abgedruckt bei Hoppenstedt S. 99 ff.
120) Fuld, Arch. f. z. Pr. Bd. 89 S. 413.

öffentlichung außerhalb des Reichsanzeigers rechtfertigt, die Schnelligkeit der Bekanntmachung, enfällt doch, sobald eine genügend angemessene Zeit verstrichen ist, innerhalb welcher eine Bekanntmachung im Reichsanzeiger hätte erfolgen können. Ich komme also zu folgendem Ergebnis, daß alle außerhalb des Reichsanzeigers erfolgte Veröffentlichungen wegen ihres interimistischen Charakters nur solange zu berücksichtigen sind, bis nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge eine Bekanntmachung im Reichsanzeiger erfolgen konnte.

Nicht selten kommt es nun vor, daß, wenn eine Bekanntmachung über den Verlust eines Papieres im Reichsanzeiger erfolgt ist, die Polizeibehörde, die die Bekanntmachung erlassen hat, hinterher in ihrem Organ eine Bekanntmachung erläßt, in der sie gemäß § 367 Abs. 1 HGB. eine kürzere Sperrfrist festsetzt. Es fragt sich nun, ob diese Anordnung der Polizeibehörde auch eine Verkürzung der Frist des § 367 Abs. 1 zur Folge hat. Diese Frage ist von entscheidender praktischer Bedeutung für die Frage der Beweislast. Ist trotz Aufhebung der Sperre durch die Polizeibehörde die in § 367 Abs. 1 bezeichnete Frist maßgebend, ist also die polizeiliche Bemessung und Verkürzung der Frist auf die Frist des § 367 ohne jegliche Bedeutung, so gilt der gute Glaube auch nach der polizeilichen Bekanntgabe vor Ablauf dieser Frist als ausgeschlossen. Der Eigentümer braucht die mala fides des Bankiers nicht nachzuweisen, sondern Sache des Bankiers ist es, durch Anführung etwaiger besonderer Umstände gemäß § 367 Abs. 2 den Nachweis dafür zu erbringen, daß er sich beim Erwerbe im guten Glauben befunden hat. Zum besseren Verständnis diene folgendes Beispiel: Am 15. 1. 1930 hat die Polizeibehörde den Verlust eines Inhaberpapieres im Reichsanzeiger bekannt gegeben. Gemäß § 367 HGB. erstreckt sich dann die Einwirkung dieser Bekanntmachung auf die Annahme der bona fides oder mala fides bis zum 31. Dez. 1931. Nun wird durch Bekanntmachung vom 15. April 1931 die Sperrfrist durch die Polizeibehörde in ihrem polizeilichen Organ aufgehoben. Dann entsteht also die Frage, ob für die Zeit vom 15. April 1931 bis 31. Dez. 1931 die Frist des § 367 HGB. dadurch ebenfalls aufgehoben ist, der Bankier also dann nicht mehr als schlechtgläubig gilt, sondern auf den guten Glauben des Bankiers die allgemeinen Grundsätze Anwendung finden. Sehr treffend entscheidet Fuld[121]) diese Frage dahin: „Es entspricht der Wichtigkeit, welche das Gesetzbuch der amtlichen Bekanntmachung beilegt, daß die aufgehobene Sperre für die Bemessung der Frist des § 367 Abs. 1 HGB. von Einfluß erscheint. Wenn die Behörde, welche die Sperre angeordnet hat, die Aufhebung derselben be-

121) Fuld, Arch. f. z. Pr. Bd. 89 S. 416.

kannt gibt, so ist der Bankier berechtigt anzunehmen, daß die Angelegenheit ihre Erledigung gefunden hat, seine mala fides kann also von dem Zeitpunkt der Aufhebung an nicht mehr vermutet, sie muß vielmehr seitens desjenigen bewiesen werden, welcher sich darauf beruft. Es gibt nur ein Mittel, die insoweit bewirkte Verkürzung der Frist des § 367 HGB. zu verhüten, nämlich dafür zu sorgen, daß die Aufhebung der einmal angeordneten Sperre nicht vor Ablauf dieser Frist erfolgt; übrigens könnte die förmliche Aufhebung überhaupt unterbleiben und die Polizeibehörde sich einfach damit begnügen, den Ablauf der Frist von selbst eintreten zu lassen, da hierdurch auch dem polizeilichen bzw. dem strafrechtlichen Interesse, das insoweit vorhanden ist, durchaus entsprochen wird". Es würde aber zu einer bedauerlichen Unsicherheit im Verkehr mit Inhaberpapieren führen, wenn die einmal erfolgte polizeiliche Bekanntgabe über eine Aufhebung der Sperrfrist auch nicht die Verkürzung der in § 367 HGB. bestimmten Frist zur Folge haben würde. Aus demselben Grunde aus dem man einer polizeilichen Bekanntgabe die Wirkung beilegt, zum Beweis des schlechten Glaubens des Bankiers von Erheblichkeit zu sein, darf man ihr auch im umgekehrten Falle ihre Wirkung nicht versagen. Auch der Bankier muß sich dann, wenn die Bekanntmachung zu seinen Gunsten lautet, auf sie berufen dürfen, zumal man annehmen darf, daß die Polizeibehörde für ihre Veröffentlichung eine sichere Grundlage hat und die Bekanntgabe im Reichsanzeiger damit auch wirklich ihre Erledigung gefunden hat. Daß eine Bekanntmachung über die Aufhebung der Sperrfrist im Reichsanzeiger die in § 367 Abs. 1 bestimmte Frist verkürzt und die Wirkungen des § 367 HGB. beseitigt, ist ohne Zweifel. Verlangt also der bisherige Eigentümer auf Grund der Bekanntmachung des Verlustes des Inhaberpapieres im Reichsanzeiger das Papier von dem Erwerber mit der rei vindicatio zurück, so kann der erwerbende Bankier dem Kläger entgegenhalten, daß er infolge der Aufhebung der Sperre durch polizeiliche Bekanntmachung gutgläubig Eigentum an dem Papier erworben habe. Es ist dann Sache des Klägers, den schlechten Glauben des Bankiers beim Erwerbe des Papieres nachzuweisen.

Eine andere heute nicht mehr aktuelle Frage behandelt K. Lehmann in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 48 S. 68 ff. Er befaßt sich dort mit der Frage, ob die Bestimmung des § 367 HGB. auch auf die Bekanntmachungen Anwendung findet, die in dem Jahre vor Inkrafttreten des neuen HGB. im Reichsanzeiger erfolgt sind. Die Frage ist heute deshalb ohne Bedeutung, weil diese Bekanntmachungen um heute noch wirksam zu sein, längst durch neue Veröffentlichungen wiederholt sein müssen. Er führt dazu folgendes aus: „Erfüllen

die vor dem 1. Jan. 1900 eingetragenen Tatbestände die vom alten Recht für den Eigentumserwerb geforderten Voraussetzungen, so wird das erworbene Eigentum nicht dadurch verloren, daß nach neuem Recht diese Voraussetzungen nicht zum Eigentumserwerb führen würden. . . . . Vor allem wird das praktisch bei der dem alten Recht unbekannten nachteiligen Rechtsvermutung des § 367 HGB. Bei Betrachtung dieses Paragraphen erhebt sich die Frage, wieweit die einzelnen Glieder des Tatbestandes in die Zeit nach dem 31. Dezember 1899 hineinreichen müssen. Sicher ist, daß die Veräußerung an den Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, erst nach Inkrafttreten des neuen HGB. erfolgt sein muß. Ist sie vorher erfolgt, so ist die Rechtsvermutung nicht anwendbar. Umgekehrt wird es nicht notwendig sein, daß das Papier dem Eigentümer erst nach dem 31. Dez. 1899 abhanden gekommen ist. Die Rechtsvermutung des § 367 HGB. ergreift auch Fälle, in denen der Verlust des Papieres unter der Herrschaft des alten Rechts stattfand. Fraglich aber ist, ob die Bekanntmachung des Verlustes in den Blättern schon vor dem 1. Jan. 1900 oder erst nach dem 31. Dez. 1899 erfolgt sein darf. Man wird wohl das Letztere für das Richtige erklären müssen, denn die Bestimmung des § 367 HGB. legt den Bank- und Geldwechslergeschäfte betreibenden Kaufleuten die Pflicht auf, den Reichsanzeiger zu studieren; wie diese Pflicht aber erst vom 1. Jan. 1900 ab geübt werden braucht, so können aus ihrer Unterlassung nur für die Zeit vom 1. Jan. 1900 ab die nachteiligen Folgen des § 367 HGB. abgeleitet werden. Somit würde in allen Fällen, wo die Bekanntmachung im Reichsanzeiger im Jahre 1899 geschehen ist, der § 367 HGB. versagen, es hätte der Richter vielmehr die Frage der bona oder mala fide nach allgemeinen Gesichtspunkten zu prüfen". Ich möchte mich der Ansicht Lehmanns nicht anschließen, vielmehr die umgekehrte Auffassung vertreten, daß der Bankier auch den Jahrgang des Reichsanzeigers zu beachten hat, der vor Inkrafttreten des § 367 HGB. liegt, denn die Bestimmung des § 367 HGB. legt dem Bankier die Pflicht auf, ab 1. Jan. 1900 den Reichsanzeiger des laufenden oder des vorhergegangenen Jahrganges zu studieren. Die Auffassung Lehmanns widerspricht daher dem klaren Wortlaut des Gesetzes. Seine abweichende Begründung ist wenig überzeugend. Diese Entscheidung stellt auch insoweit an den erwerbenden Bankier kein allzugroßes Verlangen, als es für den Eigentümer bei Verneinung der Anwendung des § 367 HGB. auf diesen Fall leicht wäre, dem Erwerber durch seine Nichtbeachtung des Reichsanzeigers den schlechten Glauben nachzuweisen, denn eine Nichtbeachtung einer derartigen Bekanntmachung genügte auch vor Inkraft-

treten des § 367 HGB. nach der allgemeinen Rechtsprechung zum Nachweis des schlechten Glaubens des erwerbenden Bankiers.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß eine sehr genaue Auslegung sowohl nach der einen als auch nach der anderen Seite im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich ist.

b) Wirkung der Bekanntmachung im Reichsanzeiger nach § 367 HGB.

1) Die Vermutung des schlechten Glaubens.

Die Wirkung einer in gehöriger Weise im Deutschen Reichsanzeiger erfolgten Bekanntmachung des Verlustes eines Inhaberpapieres ist ganz allgemein gesagt die, daß der gutgläubige Erwerb dieses Inhaberpapiers durch Bankiers auf die Dauer des auf die Bekanntgabe folgenden Jahres ausgeschlossen ist. Der ein solches Inhaberpapier erwerbende Bankier ist bösgläubig und muß daher das Papier dem Vindikanten herausgeben. Die Veräußerung des Nichtberechtigten ist ohne Wirkung. Worin findet nun diese Vorschrift ihre Rechtfertigung?

Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir auf die Rechtfertigung des Instituts des gutgläubigen Erwerbs überhaupt zurückgreifen. Unser modernes Recht hat im Interesse der Verkehrssicherheit bei der Frage des Erwerbs vom Nichtberechtigten zu Gunsten eines dritten redlichen Erwerbers an Stelle der schwer erkennbaren internen Momente wie z. B. des animus possidenti und rem sibi habendi des subjektivistischen römischen Rechts die äußere für jedermann erkennbare Form statt des Inhalts, den Schein statt der Wahrheit gesetzt. Allerdings nicht allgemein, sondern nur in gewissen durch Gesetz und Verkehrsanschauung bestimmten Fällen hat der Schein das Recht für sich. Nur in diesen Fällen wird das dem äußeren Schein des Rechts entspringende berechtigte Vertrauen Dritter auf das Vorliegen einer dem Schein entsprechenden Rechtslage auf Kosten des Rechtsinhabers geschützt. Das Vertrauen, das der gutgläubige Erwerber in den äußeren Schein des Rechts setzt, das Vertrauensprinzip, wie es Meyer[122]) nennt, erfordert, daß der gutgläubige Erwerber in seinem Erwerbe geschützt wird. Diese Publizität oder Rechtsscheintheorie, die schon der Regelung des gutgläubigen Erwerbs im ADHGB. zugrunde lag, ist von Huber in seinem Werk „Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht 1894“ für das mittelalterliche Gewererecht aufgestellt und dann von O. v. Gierke, A. Schultze und vor allem von

122) Das Akzept S. 22.

H. Meyer weiter entwickelt worden[123]) und wird heute auf das Recht des Besitzes, ja auf unser ganzes Verkehrsrecht allgemein angewandt. Das ergibt sich aus folgenden Zeilen Jacobis[124]): „Neben dem Tatbestand, der an sich zur Rechtswirkung erforderlich ist, kann auch ein Tatbestand wirken, dem zwar die eine oder die andere Voraussetzung zur Rechtswirkung fehlt, der aber gewisse äußere Merkmale aufweist, die ihn nach den Regeln des Lebens, aber auch in seiner für das Recht maßgebenden Weise mit dem Schein umkleiden, daß alle notwendigen Voraussetzungen vorhanden seien".

Um nun dem redlichen Erwerber auf Kosten des Rechtsinhabers des eigentlich Berechtigten zu schützen, bedarf es noch eines weiteren Momentes, das der Veranlassung oder Verursachung. Das zu dem Vertrauensprinzip hinzutretende Verursachungsprinzip ist es, das die Haftbarmachung des Rechtsinhabers rechtfertigt[125]). Derjenige, der dazu beiträgt, den äußeren Schein herzustellen, der den bei jedem Dritten normalerweise vertrauenerweckenden Tatbestand veranlaßt, entweder bewußt oder fahrlässig, soll hierfür auch haften[126]). Dieser Gedanke ist es, der dem gutgläubigen Eigentumserwerb die ethische Grundlage gibt. Der Eigentümer, der seine Sache freiwillig aus der Hand gibt, sie z. B. dem Vermieter oder Verwahrer überläßt und dadurch den vertrauenerweckenden Schein hergestellt hat, soll auch demjenigen, der nun auf diesen Schein im guten Glauben vertraut, den Schaden ersetzen[127]). Es wäre im höchsten Grade unbillig, wollte man hier dem redlichen Erwerber, der zur Veranlassung des Scheins nicht das Geringste beigetragen hat, den Schaden aufbürden. Man spricht in diesem Falle von einer Publizitätswirkung des Besitzes, die darin besteht, daß der dritte redliche Erwerber sich innerhalb gewisser Schranken darauf verlassen darf, daß der Besitzer auch der wahre Berechtigte sei. Wir haben hier im Besitze des Fahrnisrechtes eine Parallele zur Grundbucheintragung des Immobiliarrechts. Auch die Motive[128]) zum HGB. führen hierzu aus: „Für den Verkehr mit beweglichen Sachen ist es von der größten Bedeutung dem gutgläubigen Erwerber in der Regel Sicherheit seines Erwerbes zu gewährleisten. Dem gleichen Bedürfnisse wird in dem Immo-

123) Außer den bereits angegebenen noch in seinem Werk, Das Publizitätsprinzip.

124) Die Theorie der Willenserklärungen S. 32.

125) H. Meyer, Das Akzept S. 22.

126) Das hat sogar unser Reichsoberhandelsgericht in Bd. 17 S. 394 ff. schon anerkannt; s. auch H. Meyer a. a. O. S. 22 ff.

127) Deshalb sollen auch, wie weiter oben erörtert, unterschlagene Papiere nicht zu den abhanden gekommenen des § 367 HGB. zählen, die Anwendung des § 367 auf sie ausgeschlossen sein.

128) Mot. Bd. III S. 344.

bilienrechte durch den gesetzlichen Schutz des Vertrauens auf die publica fides des Grundbuchs entsprochen. Bei beweglichen Sachen bildet an Stelle des Grundbuchs die Innehabung und der Besitz des Veräußerers die Grundlage des zu schützenden guten Glaubens“ [129]).

Das Vertrauens- und das Verursachungs- oder Veranlassungsprinzip sind es, die die Publizitätswirkung des Besitzes zur Folge haben. Man wird nun fragen: hat nicht der entwendete Besitz in der Hand des Diebes oder des Hehlers dieselbe Wirkung wie der Besitz in der Hand des Mieters oder Verwahrers? Hat der Besitz des Verkäufers hier nicht denselben Schein des Rechts für sich und ist der gute Glaube des Erwerbers nicht derselbe? Treffend beantwortet diese Frage H. Meyer[130]): „Im einzelnen Falle mag es wohl einmal so sein, aber nicht darauf kommt es an, sondern auf das Typische. Der Typus des Besitzes an gestohlenen und verlorenen Sachen sieht ganz anders aus als der an sonstiger Fahrnis. Er ist Diebes- und Hehlerbesitz, der nicht offen zutage tritt, sondern sich ins Dunkle flüchtet. Und auch der Typus des Erwerbers trägt einen anderen Charakter, den der Unredlichkeit der Hehlerei“. In der Tat ist bei gestohlenen Sachen in den meisten Fällen der Diebes- und Hehlerbesitz erkennbar, sei es in der Art des Angebots, den Begleitumständen, der Person des Besitzers, der Höhe der Kaufpreisforderung usw. „So ist denn auch gerechtfertigt, fährt H. Meyer fort, die typische Ausgestaltung der Wirkungen des Fahrnisbesitzes gerade für solche Sachen zu durchbrechen. Denn hier würde in 99 von 100 Fällen der Rechtsschein nicht dem Recht, sondern dem Unrecht zugute kommen. Im Gegensatz zur freiwilligen Aufgabe des Besitzes durch den Eigentümer, die den Rechtsschein der Berechtigung auf Seiten des Dritten veranlaßt, hat ja auch der Eigentümer, wenn ihm der Besitz gegen seinen Willen entzogen wurde, nicht das Geringste dazu beigetragen, dem anderen den Schein des Rechts zu verschaffen. Er braucht infolgedessen auch nicht dafür zu büßen“.

Eine wesentliche Voraussetzung der Rechtsscheinwirkung ist deren Zurechenbarkeit. „Der den Rechtsschein schaffende Tatbestand muß demjenigen rechtlich zurechenbar sein, gegen den er wirken soll“ [131]). Diese Voraussetzung trifft bei unterschlagenen Sachen, die den Regelfall des gutgläubigen Erwerbs bliden, regelmäßig zu. Der Eigentümer hat mit der Fortgabe der Sache den Dritten mit dem Schein des Rechts bekleidet. Wenn dieser nun die Sache weiterveräußert, hat sich der Eigentümer den

129) Siehe vor allem den darin noch weitergehenden schweizer Entwurf, Wellspacher a. a. O. S. 2.

130) Das Publizitätsprinzip S. 84.

131) Manigk in Beitr. z. Wirtsch. R. Bd. II S. 596.

Verlust seines Eigentums selbst zuzuschreiben; er hat ihn durch die Auswahl eines so schlechten Gewährsmannes selbst verschuldet[132]).

Auch die Schadloshaltung hat bei dieser Regelung ein gewichtiges Moment gebildet. Derjenige, der seine Sache einem anderen anvertraut, wird sich in den meisten Fällen auch bei ihm für Beschädigung oder Verlust derselben schadlos halten können. Kann er es nicht, hat er sich auch den Schaden durch die Auswahl eines so unsicheren und zahlungunfähigen Gewährsmannes selbst zuzuschreiben. Ungerecht würde es dagegen sein, wollte man den Bestohlenen oder Verlierer auf den Regreß gegen den Dieb oder den unredlichen Finder verweisen. Diese dürften wohl in der weitaus größten Anzahl aller Fälle, wenn sie der Eigentümer überhaupt zu ermitteln in der Lage ist, unvermögend sein. Es ist deshalb gerecht, hier dem Käufer, weil er sich den schlechten Gewährsmann ausgesucht hat, den Schaden aufzuerlegen. Er mag sich an seinen Verkäufer halten. Zudem wird der Käufer einer gestohlenen Sache selbst in den meisten Fällen aus oben erwähnten Gründen bösgläubig sein, und es wird eine Seltenheit sein, wenn hier oder da einmal einen redlichen oder ehrlichen Käufer den Schaden trifft, der in diesen Fällen dann als geringeres Uebel mit in Kauf zu nehmen ist.

Darin liegt die Rechtfertigung der Vorschrift des § 935 Abs. 1 BGB., darin liegt gleichzeitig die Ausnahme des § 935 Abs. 2 BGB. begründet. Gerade bei Geld- und Inhaberpapieren wird man eine Entscheidung im obigen Sinne schon wegen der äußeren Erscheinung und Natur der Sache schwer treffen können. Die entwendete wie die freiwillig aus der Hand des Eigentümers weggegebene Fahrnis werden hier in den meisten Fällen denselben Schein des Rechts für sich haben. Deshalb soll auch im Interesse des Verkehrs hier jedermann Geld- und Inhaberpapiere als allgemeine Tauschmittel übernehmen dürfen, d. h. natürlich unter der Voraussetzung seines guten Glaubens. Gerade Geld- und Inhaberpapiere sind doch im hohen Maße für den Verkehr, für den steten ungehemmten Umlauf und fortwährenden Umsatz bestimmt, sodaß es immerhin bedenklich wäre, wenn man ihren gutgläubigen Erwerb von der oft zweifelhaften Frage abhängig machen wollte, ob der Eigentümer den Schein des Rechts veranlaßt hat oder nicht. Eine empfindliche Beeinträchtigung unserer Volkswirtschaft wäre hier die unangenehme Folge einer allzu sorglichen Wahrung des status quo ante. Schließlich handelt es sich hier im Gegensatz zu anderen Gütern meist um vertretbare Sachen, die daher jederzeit vom Eigen-

132) s. Manigk „Irrtum und Auslegung" S. 260.

tümer durch ihresgleichen ersetzt werden können, immerhin auch ein gewisser Trost für den Alteigentümer.

Die Publizitätswirkung versagt somit beim gutgläubigen Erwerb von Inhaberpapieren. Aber unser HGB. hat es verstanden, diese Lücke meisterhaft auszubessern. Es hat durch Aufnahme des § 367 HGB. in feiner Anpassung an die Wirklichkeit eine Ausnahme auf den Publizitätsgedanken aufgebaut. Inhaberpapiere werden zum größten Teil nur vom Bankier entweder zu Eigentum für ihn selbst oder in Vertretung für andere erworben. Daher war es möglich, in diesem abgeschlossenen Kreis das Recht des Bestohlenen offenkundig zu machen und dem Rechtsschein des Besitzes die Wirkung zu versagen. Die Publizitätswirkung, die bei Inhaberpapieren an den bloßen Besitz des Papieres geknüpft und nicht durch Zurechenbarkeit bedingt ist, hat man auf dem Wege der Bekanntmachung zunichte gemacht und umgekehrt das Recht des Bestohlenen auf diesem Wege mit Publizität versehen. Man hat durch die Veröffentlichung auch bei abhanden gekommenen Inhaberpapieren das Moment der Zurechenbarkeit wieder zu einer wesentlichen Voraussetzung der Rechtsscheinwirkung gestaltet, indem man sein Fehlen mit Publizität versehen hat. So gut wie man auf Grund des äußeren Scheines jeden Besitzer als Berechtigten behandelte und ihm aus dem Besitz eine Vermutung für sein Recht zubilligte, konnte man, wie hier, diese Vermutung und Wirkung des Rechtsscheins für den Besitz von entwendeten Inhaberpapieren durch Kundbarmachung des Mangels der Zurechenbarkeit gegenüber einem eng begrenzten Kreis vereiteln. Hierzu schien auch das Inhaberpapier im Gegensatz zu den in § 367 Abs. 3 HGB. genannten Papieren wegen seiner immerhin im Umlauf befindlichen beschränkten Anzahl geeignet. Erwirbt also ein Bankier ein derartiges Papier, so hat er sich den Schaden auf Grund der Publizitätswirkung der Bekanntmachung selbst zuzuschreiben, wenn er es später den Vindikanten herausgeben muß. Dadurch wird der betreffende Bankier, wie H. Meyer ganz richtig ausführt, natürlich nicht zum Hehler gestempelt, sondern der Zweck der Vorschrift ist, „an Stelle der schwer feststellbaren, äußerlich nicht erkennbaren Vorgänge im Individium ein allgemeines objektives Merkmal zu setzen, das für jedermann sofort erkennbar ist".

Das Gesetz gibt in § 367 HGB. nicht wie Staub[133]) annimmt, nur ein Beispiel von schlechtem Glauben des Erwerbers, es stellt darüber hinaus eine besondere gesetzliche Vermutung für den Mangel des guten Glaubens auf. § 367 HGB. enthält also eine besondere über ein bloßes Beispiel von schlechtem Glauben hin-

133) Staub § 367 Anm. 5.

ausgehende Beweislastregel[134]). Die Regelung der Beweislast beim gutgläubigen Erwerb ist die Vermutung des guten Glaubens des Erwebers. Der Eigentümer, der von dem Erwerber seine Sache herausverlangen will, muß diesem den schlechten Glauben nachweisen. Diese Beweislastregel bildet eine Ausnahme der Regelung der allgemeinen Beweislast, die in der Vorschrift des § 932 Abs. 1 BGB. enthalten ist. Das Gesetz sagt dort zunächst ganz allgemein, daß Eigentum auch vom Nichteigentümer erworben werden kann, fährt dann aber fort: „es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht im guten Glauben ist". Der Erwerb vom Nichteigentümer ist also an zwei in § 932 voneinander getrennte Tatbestandsmomente, nämlich an den Besitz des Erwerbers und an dessen guten Glauben geknüpft, sodaß man nach der allgemeinen Beweislastregelung auch annehmen sollte, daß der Erwerber beide Tatbestandsmomente zu beweisen habe. Durch die Zweiteilung im Gesetz ist aber der materielle Gesamttatbestand gerade zur Regelung der Beweislast in eine äußerlich wahrnehmbare Tatsache, den Besitz der Sache und in eine sog. innere Tatsache, den guten Glauben des Besitzers oder Erwerbers, getrennt worden. Der Beweis der inneren Tatsache des guten Glaubens wäre für den gutgläubigen Erwerber so gut wie unmöglich. Diese innere nicht wahrnehmbare Tatsache hat man deshalb mit Recht hinter die durch die Publizitätswirkung des Besitzes verstärkte Position des Erwerbers zurücktreten lassen, in dem man demjenigen die Beweislast auferlegt hat, der sich nicht in einer derartig gestärkten Position befindet[135]).

Abgesehen davon, daß es sich beim guten Glauben um eine innere Tatsache handelt, handelt es sich überdies auch noch meist um eine negative, denn guter Glaube bedeutet ja unverschuldetes Nichtwissen. In den meisten Fällen wäre dieser Beweis daher so gut wie ausgeschlossen und die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb stünden nur auf dem Papier. Man hat daher aus Billigkeitsgründen die Beweislast umgekehrt und den Beweis des schlechten Glaubens des Erwerbers dem bisherigen Eigentümer auferlegt. Obschon die zu beweisende Tatsache auch eine innere ist, so ist sie doch etwas positives, das Wissen oder Wissenmüssen des Erwerbers, das sich bekanntlich öfters und leichter durch äußere Vorgänge wiedergibt als die negative des Nichtwissens. Eine Ausnahme von dieser Beweislastregel

134) So auch Düringer-Hachenburg § 367 Anm. 1; Planck § 932 Abs. 5 Anm. 2; Fuld im Arch. f. z. Pr. Bd. 89 S. 412; siehe auch Reichel in Grünh. Zeitschr. Bd. 42 S. 22.

135) Vgl. Manigk „Juristische Tatsachen" im Handw. d. R. Bd. 5 S. 853 Nr. 7.

bildet § 367 HGB. Hier gilt durch die Bekanntmachung im Reichsanzeiger der schlechte Glaube des Bankiers als erwiesen. Der bisherige Eigentümer eines Inhaberpapiers, der nach stattgehabter Bekanntgabe im Reichsanzeiger dasselbe von einem Bankier mit der rei vindicatio herausverlangt, braucht den schlechten Glauben des Bankiers nicht nachzuweisen, sondern dieser muß nach § 367 Abs 2 seinerseits besondere Umstände dartun, infolge deren er die Bekanntmachung weder kannte noch kennen mußte. Als Folge der Publizitätswirkung der Bekanntmachung haben wir hier eine Umkehrung der Beweislast. Der Gegenbeweis gegen die Vermutung des § 367 Abs. 1 darf der Bankier nicht darauf richten, daß er im guten Glauben war beim Erwerb des Papiers, sondern darauf, daß er die Veröffentlichung infolge besonderer Umstände weder kannte noch kennen mußte. Seine Unkenntnis muß sich auf die Bekanntmachung des Reichsanzeigers beziehen und darf nicht verschuldet sein. Aus diesem Grunde genügt auch dem Bankier, wenn die Bekanntmachung erfolgt ist, nicht der Nachweis, daß er von einem achtbaren und sehr zuverlässigen Bankhause erworben habe, ihm infolgedessen die Kontrolle unnötig erschien[136]).

Voraussetzung der Wirkung des § 367 Abs. 1 HGB. ist natürlich, daß der Erwerb auch von einem Nichtberechtigten erfolgt. War der Veräußerer, der Nichtbankier ist, dem daher aus seiner Nichtbeachtung des Reichsanzeigers kein Vorwurf grober Fahrlässigkeit gemacht werden kann, bereits gutgläubig Eigentümer gestohlener Inhaberpapiere geworden, so überträgt er dem Bankier sein wirkliches Eigentum selbst dann, wenn er die Papiere früher selbst von dem jetzt kaufenden Bankier erworben hat. Voraussetzung ist natürlich, daß ein wirksamer Vertrag zustande gekommen war und nicht nur ein Scheingeschäft. Der Wiedererwerb schafft dann die vorhergehende schlechtere Situation des Verkäufers nicht wieder herbei[137]). Anderes gilt, wenn kein neues selbständiges Geschäft, sondern die Auflösung des früheren vorliegt, wie z. B. die Ausübung eines bedungenen Rücktrittrechts. In einem solchen Falle wird selbst bei vertragswidriger Aufhebung des Vertrags die ursprüngliche Situation des Bankiers wieder herbeigeführt[138]).

Natürlich darf die Bestimmung des § 367 Abs. 1 HGB. nicht in dem Sinne ausgelegt werden, daß, sobald eine Bekanntmachung im Reichsanzeiger garnicht oder doch vor der entschei-

136) So auch Düringer Hachenburg § 367 Anm. 3.

137) In diesem Falle kann der bestohlene Eigentümer jedoch Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen den erwerbenden Bankier geltend machen und gemäß § 249 BGB. Herausgabe der Papiere verlangen, falls sie noch in dessen Besitz sind.

138) Düringer-Hachenburg § 367 Anm. 4.

denden Zeit nicht erfolgt ist, redlicher Erwerb des Bankiers stets anzunehmen sei. „Es wird nicht etwa die Prüfungspflicht des Bankiers und Geldwechslers auf die Durchsicht der in der betreffenden Zeit im Reichsanzeiger geschehenen Veröffentlichungen abhanden gekommener Inhaberpapiere festgelegt und begrenzt“ [139]). Der schlechte Glaube des Bankiers kann daher auch auf anderen Gründen beruhen als auf der Unterlassung der Lektüre des Reichsanzeigers und auch dann vorhanden sein, wenn eine Bekanntmachung des Verlustes nicht erfolgt ist. In diesen Fällen tritt freilich die gesetzliche allgemeine Vermutung des guten Glaubens wieder in Kraft und dem Eigentümer liegt die Beweislast für den schlechten Glauben des Erwerbers ob[140])[141]). Ihn nachzuweisen wird dem bisherigen Eigentümer in vielen Fällen nicht sehr schwer fallen, da im Verkehr mit Wertpapieren an die Sorgfaltspflicht des Bankiers weit größere Anforderungen gestellt werden müssen, als an andere Personen, was auch aus der steten Rechtsprechung des Reichsgerichts erkennbar hervorgeht. Doch wird im allgemeinen wie schon erwähnt, wenn nicht besondere Umstände in jedem Einzelfall vorliegen, ein Bankier heute seiner Pflicht genügen, wenn er die Lektüre des Reichsanzeigers aus der entschendenden Zeit gehörig berücksichtigt, sonst wäre ja schließlich die ganze Vorschrift des §367 HGB. überflüssig. Besondere Umstände können jedoch sehr häufig die Lage ändern und der Beweis, daß der Bankier auch mangels der Bekanntmachung im Reichsanzeiger das mangelnde Recht des Veräußerers habe erkennen müssen, kann dann auf jede Weise geführt werden[142]). So kann z. B. die Schlechtgläubigkeit des Bankiers darauf gestützt werden, daß die Polizei dem Bankhause besondere Mitteilung von dem Verlust der Wertpapiere gemacht hat, auch wenn der Geschäftsherr persönlich hiervon nichts weiß[143]), oder daß die Polizei eine diesbzgl. Bekanntmachung in den lokalen Blättern oder in einem sonstigen bekannten Blatt, das sie zu derartigen Bekanntmachungen gewöhnlich benutzt, erlassen hat und diese dann nicht beachtet worden ist. So erkennt z. B. eine Entscheidung

---

139) Staub § 367 Anm. 5.

140) Auch die Denkschrift II S. 224 bemerkt hierzu wörtlich: „Eine besondere Bestimmung des Inhalts, daß, solange die Bekanntmachung im Reichsanzeiger nicht erfolgt ist, der gute Glaube des Erwerbers vermutet werde, ist in dem Entwurf nicht aufgenommen; sie wäre gegenstandslos, da nach § 932 BGB. die Gutgläubigkeit des Erwerbers überhaupt als vorhanden angenommen wird, solange nicht das Gegenteil dargetan wird“.

141) Staub § 367 Anm. 5; Düringer-Hachenburg § 367 Anm. 5; Arch. f. z. Pr. Bd. 89 S. 412.

142) Staub § 367 Anm. 5; Düringer-Hachenburg § 367 Anm. 4; Denkschrift II S. 224.

143) RG. in JW. 83, 1013; Bolze 17, Nr. 469.

des Reichsgerichts in Gruch. Beitr. Bd. 35 S. 130 folgende Erwägung des Berufungsrichters als richtig an: „Der Berufungsrichter geht bei seiner Entscheidung von dem Grundsatz aus, daß den mit Effekten handelnden Bankiers die Verpflichtung obliege, Listen von gestohlenen Wertpapieren auf Grund der offiziellen polizeilichen Bekanntmachungen zu führen und dieselben ihren Angestellten zugängig zu machen. Er stellt sodann fest, daß in dem Intelligenzblatt vom 13. März 1879 die Entwendung des hier fraglichen Pfandbriefes vom Polizeipräsidium zu Berlin bekannt gemacht ist, daß das Intelligenzblatt notorisch schon 1879 das amtliche Blatt für Bekanntmachungen des Polizei-Präsidiums in betr. von Diebstählen und Verlusten war, sowie endlich, daß die Beklagte nach ihren eigenen Angaben sich darauf beschränkt hat, die ihr durch besondere Anzeige als entwendet bezeichneten Effekten in ihren Listen zu notieren, ohne auf die amtlichen Publikationen Rücksicht zu nehmen. Er gelangt auf Grund dieser Feststellung zur der Entscheidung, daß die Beklagte beim Ankauf des Pfandbriefes sich einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe, daß also ihr Besitz ein ungerechtfertigter sei, welcher nach ALR. I 7 § 14 dem unredlichen gleichgestellt werde, und daß sie deshalb dem Klageantrage gemäß verurteilt werden müsse. Die Beschwerden der Beklagten gegen diese Entscheidung sind nicht begründet".

Von einem größeren Bankhause kann man ferner verlangen, daß es die amtlichen Bekanntmachungen des Auslandes beachtet, wie z. B. die des Bulletin officiel des oppositions, die an großen Börsen des Auslandes erscheinen; überhaupt kann man von einem Bankier erwarten, daß er alle amtlichen Bekanntmachungen, zu denen auch Börsenanschläge gehören, soweit sie ihm kraft seines Gewerbes zugänglich sind, beachtet[144]).

Selbstverständlich ist der böse Glaube des Bankiers auch dann bewiesen, wenn er eine Bekanntgabe in der Sammelliste nicht beachtet hat, auch wenn dieselbe im Reichsanzeiger nicht abgedruckt war, denn die Sammelliste bezieht wohl jeder Bankier. Grobfahrlässig handelt regelmäßig auch der Bankier, der z. B. von einer ihm unbekannten Person Couponreihen mit späteren Fälligkeitsterminen erwirbt, ohne daß ihm die Erneuerungsscheine selbst vorgelegt werden[145]). Ferner auch derjenige, den die bekannten persönlichen Verhältnisse des Verfügenden zur Vorsicht auffordern, der aber trotzdem diese Vorsicht nicht ausübt[146]), wie die Person des Verfügenden stets für den guten Glauben des Erwerbers beachtlich sein wird. Eine

144) Vgl. RG. in JW. 01,51810; Gruchot 35,127.
145) Vgl. RG. in Bauers Ztschr. 16,186.
146) JW. 92,1621.

grobe Fahrlässigkeit bedeutet es auch für den Bankier, wenn er sich Papiere vor der Hereinnahme nicht ansieht[147]). Selbst wenn die Bekanntmachung im Reichsanzeiger erfolgt ist, die in § 367 bestimmte Frist ihrer Wirkung aber bereits abgelaufen ist, so steht auch damit der gute Glaube des Bankiers noch nicht fest. Vielmehr kann auch hier der Nachweis geführt werden, daß infolge besonderer Umstände des Falles der Bankier beim Erwerb nicht im guten Glauben war. Es läßt sich nicht in dieser Verallgemeinerung der Satz aufstellen, daß Veröffentlichungen und Anzeigen, die weiter zurückliegen als § 367 HGB. vorsieht, schlechtweg unbeachtlich sind und daß sich aus diesem Zeitablauf allein schon der gute Glaube ergebe. Ueber die in § 367 HGB. aufgestellte Pflicht hinaus muß der Bankier stets die erforderliche Sorgfalt aufwenden. Kauft z. B. ein Bankier von einer ganz unbekannten Person, so können auch ohne, daß ihm eine Mitteilung über den Verlust des Inhaberpapieres zugegangen ist, die ganzen Umstände[148]) darauf hindeuten, daß sich der erwerbende Bankier trotz des Zeitablaufes eine begründete Meinung über die Redlichkeit des Erwerbes seines Vormannes zu bilden hat; tut er es nicht, verletzt er seine Sorgfaltspflicht und handelt grobfahrlässig[149]). Es wird überhaupt bei einer solchen Entscheidung über die Redlichkeit des Erwerbers immer auf den einzelnen Fall ankommen, wobei man die besondere Sorgfaltspflicht des Bankiers stets zu beachten hat.

2) Besondere Umstände des § 367 Abs. 2 HGB.

Nach § 367 Abs. 2 wird der gute Glaube des Bankiers durch die Bekanntmachung im Reichsanzeiger nicht ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Veröffentlichung infolge besonderer Umstände weder kannte noch kennen mußte. Der erwerbende Bankier kann also durch den Nachweis besonderer Umstände die Vermutung der mala fides des Abs. 1 widerlegen, indem er nachweist, daß ihm keinerlei Verschulden an der Unkenntnis der Bekanntmachung trifft. Dies hat schon das Reichsgericht in Bd. 37 S. 75 klar und scharf ausgedrückt: „ Es ist davon auszugehen, daß an sich schon die bloße Tatsache der Nichtberücksichtigung derartiger polizeilicher Anzeigen seitens eines den Verkehr mit Wertpapieren gewerbsmäßig betreibenden Kaufmanns zur Begründung eines groben Verschuldens beim Erwerbe eines gestohlenen Papiers und mithin zur Annahme seiner Unredlichkeit beim Erwerbe genügt, sofern er nicht seinerseits besondere Umstände darzutun vermag, die sein Verhalten in

147) RG. 58,162.

148) Es ist ihm z. B. ein Wertpapier angeboten worden, das an dem betr. Börsenplatz keinen Markt hat.

149) Vgl. RG. 37,74; JW. 96,39914; ebenso Staub 367 Anm. 5.

dem vorliegenden Einzelfall als entschuldbar und ihn als gutgläubig erscheinen lassen".

Der Bankier muß nach § 367 Abs. 2 HGB. dartun, daß er infolge der besonderen Umstände die Bekanntmachung weder „kannte noch kennen mußte". Während in § 932 BGB. und § 366 HGB grobfahrlässiges Verschulden des Erwerbers dessen bösen Glauben herbeiführt, genügt nach der Fassung des § 367 Abs. 2 HGB. bereits leichte Fahrlässigkeit, denn Kennenmüssen bedeutet nach § 122 Abs. 2 BGB. fahrlässiges Nichtkennen. Der gute Glaube des Bankiers wird also nicht durch grob fahrlässige Unkenntnis des Nichteigentums oder des Mangels des Verfügungsrechts des Veräußerers, sondern schon durch leicht fahrlässige Unkenntnis der Veröffentlichung im Reichsanzeiger ausgeschlossen. Der Begriff des guten Glaubens ist hier somit enger als gemeinhin, es wird daher im einzelnen Falle dem Bankier schwer fallen, seinen guten Glauben nachzuweisen.

Zu Unrecht erblickt Jacobi[150]) einen solchen besonderen Umstand, der die Vermutung des § 367 Abs. 1 HGB. widerlegen könnte, darin, daß in der von dem Bankier an Stelle des Reichsanzeigers benutzten Sammelliste aufgerufener Wertpapiere, herausgegeben vom Berliner Kassenverein ein Druckfehler vorhanden oder sonst unterlassen war, den Verlust eines Papiers gehörig bekannt zu machen. Er betrachtet es nicht als eine Fahrlässigkeit, wenn der Bankier es unterläßt, die Reichsanzeigereinträge des laufenden und vorhergehenden Jahres genau durchzulesen, wenn er statt ihrer die übersichtlichere Bekanntgabe der Sammelliste benutzt. Demgegenüber muß man betonen, daß das Gesetz den Reichsanzeiger zum Central- und Sammelorgan für alle Bekanntmachungen gemacht hat, welche sich auf gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Wertpapiere beziehen, daß es deshalb auch zu den Berufspflichten des Bankiers gehört, sich fortlaufend über die Reichsanzeigeranträge zu informieren. Nach der Absicht des Gesetzes ist der Bankier verpflichtet, für eine geordnete Beachtung der Bekanntmachungen des Reichsanzeigers zu sorgen[151]). Die Sammelliste hat, obgleich sie nicht unbeachtlich ist, keinen amtlichen Charakter. Sie ist für den Bankier nur ein Mittelorgan und wenn die deutschen Bankiers sich meist mit ihrer Durchsicht begnügen, so wissen sie, daß sie freilich eine sehr geringe Gefahr laufen, einem Reichsanzeigereintrag zu entgehen. Ist nun aber einmal in ihr ein Druckfehler verzeichnet, so müssen sie sich auch die Vermutung der mala fides gefallen lassen[152]). Es kommen ihnen ja auf der ande-

150) Jacobi in Ehrenb. Handb. IV S. 152.

151) Düringer-Hachenburg § 367 Anm. 5.

152) In diesem Falle können sie evtl. Zivilansprüche aus § 276, 278 BGB. gegen den Herausgeber geltend machen.

ren Seite auch die Vorzüge des Gebrauchs der Sammelliste zugute, die in der Ersparnis von Arbeit und in der bequemen Uebersicht bestehen. Dagegen wird man stets einen Druckfehler im Reichanzeiger als einen solchen besonderen Umstand betrachten müssen.

Weiter wird als solch besonderer Umstand gelten müssen: ein unübersichtlicher Nachtrag, der dem Bankier leicht entgehen konnte; überhaupt jede unklare Abfassung einer Eintragung, die der Bankier nur schwer auf das betreffende Papier beziehen konnte; ferner Verhinderung der Lektüre des Reichsanzeigers durch höhere Gewalt, durch Versehen der Postbehörde. Nicht dagegen halte ich für einen besonderen Umstand den Fall[153]), daß trotz ordnungsmäßigen Geschäftsganges der Bankier z. Zt. des Erwerbes den Reichsanzeiger deshalb noch nicht in Händen hatte, weil er am Tage des Eintreffens des Reichsanzeigers nicht am Ort seiner Niederlassung war und die Papiere an einem anderen Ort kaufte. Der Reichsanzeiger wird als amtliches Organ stets pünktlich erscheinen, der Bankier muß deshalb durch sein Personal für pünktliche Weiterleitung Sorge tragen oder sich am Orte des Erwerbes Einsicht in einen Reichsanzeiger verschaffen. Auf keinen Fall darf er den Kaufabschluß tätigen, wenn er von der Ankunft des neuen Reichsanzeigers weiß, ihn jedoch einzusehen gerade nicht in der Lage ist. Wohl mancher Bankier würde sich auf diese Art und Weise dann leicht seiner Pflicht aus § 367 HGB. entziehen können. Weiter möchte ich eine andere Ansicht Düringer-Hachenburgs a. a. O., auch der gute Glaube an die bloße Behauptung des Veräußerers, die verlorenen Papiere seien dem Eigentümer zurückgegeben und von diesem veräußert worden, könne als ein solcher besonderer Umstand betrachtet werden, als ein zu gewagtes Experiment ablehnen. Der Bestohlene oder Verlierer kann dann ja für eine Bakanntmachung im Reichsanzeiger oder Löschung in der Sammelliste Sorge tragen und dadurch die Verkehrsstaulichkeit seines Papieres wieder herstellen. Erfolgt sie nicht, muß der Bankier eben das geringere Uebel mit in Kauf nehmen und die Frist wahren, falls tatsächlich das Papier wieder aus den Händen des wahren Berechtigten in den Verkehr gelangt sein sollte. Eine rein mündliche Auskunft des hier fraglichen Inhaltes scheint mir selbst aus dem Munde eines achtbaren Bankiers nicht als besonderer Umstand im Sinne des § 367 Abs. 2 HGB. zu genügen, es sei denn, daß er selbst der Eigentümer ist und sich als solcher legitimiert. Ueberdies sind das, wie Düringer-Hachenburg a. a. O. zutreffend erwähnt, auch keine besonderen Momente, die das Nichtkennen, sondern solche, die das Nichtbe-

153) Ansicht von Düringer-Hachenburg § 367 Anm. 5.

achten der Bekanntmachung entschuldigen könnten. Allein schon aus diesem Grunde kann hier nicht von besonderen Umständen i. S. des § 367 Abs. 2 die Rede sein, denn das Gesetz verlangt in § 367 Abs. 2 besondere Umstände, die das „Nichtkennen", aber nicht solche, die das „Nichtbeachten" entschuldigen. Eine entsprechende Ausdehnung widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes.

Im übrigen muß es als selbstverständlich angesehen werden, daß jeder Bankier den Reichsanzeiger als gesetzliches Publikationsorgan hält oder doch Gelegenheit hat, ihn bei anderen regelmäßig einzusehen, denn wollte man das Nichthalten und Nichtlesen entschuldigen und als besonderen Umstand betrachten, dann wäre das beste Mittel, die Vorschrift des § 367 HGB. illusorisch zu machen, sich den Anblick des Reichsanzeigers tunlichst fern zu halten.

Aber selbst wenn dem Bankier der Nachweis besonderer Umstände im Sinne des § 367 Abs. 2 HGB. gelingt, er also genügend dargetan hat, daß er seine Unkenntnis bezgl. der Bekanntmachung im Reichsanzeiger nicht verschuldet hat, gilt damit der gute Glaube des Bankiers noch nicht als endgültig erwiesen. Auch dann finden noch die allgemeinen Vorschriften der §§ 932—936 BGB., 366 HGB. Anwendung, d. h. es tritt die gesetzliche allgemeine Vermutung des guten Glaubens des Erwerbers wieder in Kraft; dem Eigentümer liegt es jedoch ob, den schlechten Glauben des Erwerbers in jedem einzelnen Falle nachzuweisen. Er muß dartun, ob aus diesen oder jenen Umständen der Erwerber trotzdem die Furtivität des Papiers hätte erkennen müssen, und daß das Nichterkennen als eine grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 932 BGB. zu werten ist[154]). Wann dies im einzelnen der Fall sein kann, habe ich oben bereits erörtert. Erwähnt sei nur noch als Beispiel, daß dem Bankier eine persönliche Mitteilung über den Verlust des Papieres zugegangen sein kann, die natürlich dann seinen guten Glauben ausschließen muß. Ich komme auf dieses Beispiel deshalb zurück, weil von dritter Seite gerade für diesen Fall beantragt war, dem § 367 Abs. 1 HGB. obigen auf S. 43 erwähnten Absatz 2 hinzuzufügen. Mit Recht hat ein Mitglied der Kommission den Antrag u. a. deshalb für überflüssig erachtet, daß wenigstens für den Fall, daß die Benachrichtigung vom Bestohlenen selbst ausgehe, der gute Glaube ohnehin ausgeschlossen werde, daß demgegenüber der Antrag sogar eine Einschränkung enthalte. In der Tat wäre diese Bestimmung überflüssiger Ballast gewesen, da in diesem Falle stets die allgemeinen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb Anwendung finden.

154) vgl. hierzu KG. in OLGR. 18, 138; RG. 67, 27 ff.; Bankarchiv Bd. 7 S. 105.

c. Wirkung der Bekanntmachung auf die in § 367 Abs. 3 HGB. genannten Papiere.

Die Vermutung des § 367 Abs. 1 HGB. bezieht sich nicht auf alle Inhaberpapiere. Auf gewisse Gattungen von Inhaberpapieren finden die Vorschriften des § 367 Abs. 1 und 2 HGB. gemäß § 367 Abs. 3 HGB. keine Anwendung. Ihr gutgläubiger Erwerb richtet sich also nach allgemeinen Grundsätzen und bei ihnen entfällt daher für den Bankier die besondere Pflicht der Lektüre des Reichsanzeigers. Die großen Mengen, in denen diese Papiere sich in dem Verkehr befinden, machten diese Ausnahme erforderlich. Eine Durchführung der Bekanntmachungen von Papieren dieser Art ließe sich wegen ihrer im Verkehr befindlichen Anzahl schlecht ermöglichen; auch stellte es aus diesem Grunde eine allzugroße Zumutung an den Bankier dar, wollte man beim Erwerb eines solchen Papiers jedesmal die Durchsicht des Reichsanzeigers verlangen und an jede Nichtbeachtung einer Bekanntmachung im Reichsanzeiger den Ausschluß seines guten Glaubens knüpfen[155]). Eine derartige Kontrolle würde eine unverhältnismäßige und auch ihrem Zweck nicht entsprechende Mehrarbeit erfordern. Zudem ist auch gerade bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen, die meist über kleinere Beträge lauten, ein wirtschaftliches Bedürfnis nicht gegeben. Eine dahingehende Bestimmung wäre daher nur verkehrshinderlich und würde nicht zuletzt auch das Publikum empfindlich schädigen[156]). Diese Ausnahmebestimmung des § 367 Abs. 3 HGB. findet aber nur auf solche Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine Anwendung, die nicht später als in dem nächsten auf die Veräußerung (oder Verpfändung) folgenden Einlösungstermine fällig werden. Auf die später als in dem nächsten auf die Veräußerung folgenden Einlösungstermine fällig werdenden Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine findet § 367 Abs. 1 HGB. wieder Anwendung. Diese Einschränkung erscheint schon deshalb geboten, weil der achtsame Bankier nach der bestehenden Verkehrsgewohnheit im allgemeinen nur solche in dem nächsten auf die Veräußerung oder Verpfändung folgenden Einlösungstermine fällig werdenden Scheine ankäuft oder zum Pfande nimmt. Werden daher einem Bankier später fällig werdende Scheine angeboten, so ist dieser Umstand allein schon geeignet, in dem Bankier Zweifel über die Verfügungsbefugnis des Veräußerers hervorzurufen. Von einer Entbindung des Bankiers von der Verpflichtung der Beachtung des Reichsanzeigers beim Erwerb

155) So auch Denkschrift II S. 209.

156) Siehe die ähnliche Vorschrift bezgl. der Kraftloserklärung der betr Inhaberpapiere in § 799 Abs. 1 Satz 2 BGB.

solcher Papiere hat daher der Gesetzgeber mit Recht Abstand genommen.

Außer den genannten Papieren gilt die Regel des § 367 Abs. 1 HGB. ferner nicht für die auf Sicht lautenden unverzinslichen Inhaberpapiere insbesondere Inhaberschecks und Banknoten. Diese Ausnahme beruht auf der geldähnlichen Natur und Funktion solcher Papiere, die eine Prüfungspflicht nicht dulden.

Erwirbt nun ein Bankier alle diese von der Vorschrift des § 367 Abs. 1 HGB. ausgenommenen Papiere, so finden bei ihrem Erwerb die allgemeinen Vorschriften über den guten Glauben Anwendung. Der Nachweis grober Fahrlässigkeit ist aber in diesen Fällen weit schwieriger, da bei diesen Papieren die im Verkehr übliche Sorgfalt bezgl. der Prüfung des Eigentums oder der Verfügungsbefugnis des Veräußerers viel geringer ist. Eine Ausnahme wird hiervon dann gelten, wenn der Bankier Inhaberpapiere der in § 367 Abs. 1 HGB. bezeichneten Art zugleich mit fälligen Zinsscheinen erwirbt und bezgl. jener die Einsicht des Reichsanzeigers vernachlässigt. In diesem Falle wird er in der Regel auch bezüglich der Zinsscheine als bösgläubig erscheinen, denn hätte er pflichtmäßig den Reichsanzeiger eingesehen, so hätte ihm auffallen müssen, daß alle ihm angebotenen Papiere abhanden gekommen oder wahrscheinlich abhanden gekommen waren. Erfolgt überdies eine Bekanntmachung des Verlustes der in Abs. 3 genannten Papiere im Reichsanzeiger, so wird sie für den Bankier nicht schlechthin unbeachtlich, sondern zum Nachweis seines schlechten Glaubens immerhin von Bedeutung sein.

d. Erwerb durch den Bankier als Kommissionär und Vertreter einer nicht unter § 367 HGB. fallenden Person.

Die Sondervorschrift des § 367 HGB. findet nach dem Wortlaut des Gesetzes nur auf den ein Inhaberpapier erwerbenden Bankier Anwendung. Erwirbt das große Publikum Inhaberpapiere, so wird dessen guter Glaube nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß der Verlust der Papiere im Reichsanzeiger bekannt gemacht war. Der unmittelbare Erwerb von Inhaberpapieren durch Privatpersonen dürfte jedoch im allgemeinen eine Seltenheit sein. Diese wenden sich vielmehr beim Erwerb von solchen Papieren meist an einen Bankier, der die Inhaberpapiere dann als Kommissionär oder als Vertreter seines Auftraggebers, des Privatmannes, erwirbt. Wendt[157]) warf dadurch

157) Arch. f. z. Pr. Bd. 89 S. 16.

veranlaßt die Frage auf, ob die Vorschrift des § 367 HGB. nur dann Platz greife, wenn der Bankier für sich selbst zu eigenem Recht erwirbt oder auch dann, wenn er im Kommissionsgeschäft für Rechnung seines Auftraggebers erwirbt. Er entscheidet die Frage dahin, daß § 367 HGB. nur dann Anwendung finden dürfe, wenn der Bankier für sich selbst zu eigenem Recht erwirbt, „sonst wäre die Tragweite des § 367 HGB. doch ins Ungemessene erweitert". Ich möchte mit Levy[158]) dieser Ansicht widersprechen. Dieser führt sehr zutreffend aus, daß im Verhältnis des erwerbenden Bankiers zum Eigentümer ein Kommissionsverhältnis des Bankiers zum Dritten gänglich unerheblich ist. „Die Vorschrift des § 367 HGB. ist gegeben mit Rücksicht auf die dem Bankier aus seinem Beruf erwachsende Verpflichtung, von den den Diebstahl von Wertpapieren betreffenden üblichen polizeilichen Bekanntmachungen nach Möglichkeit Kenntnis zu nehmen[159]). Warum sollte diese Verpflichtung für den Bankier dann nicht bestehen, wenn er als Kommissionär erwirbt?". So muß m. E. der Bankier die Vermutung des § 367 HGB. auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er Inhaberpapiere als Kommissionär erwirbt und die Papiere infolgedessen auf die rei vindicatio des Eigentümers herausgeben, solange er sie noch nicht seinem Kommittenten zu Eigentum übertragen hat, auf dessen Eigentumserwerb dann natürlich wieder die allgemeinen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb Anwendung finden.

Wie ist nun die Frage zu entscheiden, wenn der Bankier als bloßer Vertreter einer nicht unter § 367 HGB. fallenden Person ein Inhaberpapier erwirbt? Hier kommt für die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Nichteigentums des Veräußerers nach § 166 BGB. die Person des vertretenden Bankiers in Betracht. Darf nun auch in diesem Fall bei ordnungsgemäßer Bekanntmachung im Sinne des § 367 HGB. die mala fides des Bankiers vermutet werden? § 367 bestimmt ganz allgemein: „Wird ein Inhaberpapier . . . . . an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, veräußert oder verpfändet . . . . . ". Daraus läßt sich aber ein Anhaltspunkt zur Beantwortung unserer Frage nicht entnehmen, denn „an einen Bankier" kann sowohl als Vertreter als auch als Eigenerwerber veräußert werden. „Erwägt man aber, so fährt Levy auch hier m. E. sehr zutreffend fort, daß die Vermutung des § 367 HGB. ihre ratio in der Zugehörigkeit des Bankiers zu einer Personenklasse findet, die sich gewerbsmäßig mit dem Umsatz von Inhaberpapieren beschäftigt, und von der man deshalb eine größere Sachkenntnis erwarten,

158) Levy a. a. O. S. 39.
159) Denkschrift zum HGB. S. 208.

und demgemäß eine erhöhte Vorsicht beim Ankauf von Wertpapieren verlangen kann, so wird man auch hier zur Bejahung der gestellten Frage kommen".

Als Schlußergebnis hätten wir demgemäß festgestellt, daß der Bankier unter den Voraussetzungen des § 367 HGB. stets der Vermutung der mala fides ausgesetzt ist, sei es, daß er ein Inhaberpapier für sich selbst zu eigenem Recht, im Kommissionsgeschäft für Rechnung seines Auftraggebers oder als bloßer Vertreter erwirbt. Im letzteren Falle greift daher die Vorschrift des § 367 HGB. mittelbar durch Einschaltung eines Bankiers als Vertreter auch auf den Privatmann über, der bei ordnungsmäßiger Bekanntgabe stets zur Herausgabe des erworbenen Inhaberpapieres verpflichtet ist. Die dadurch für den Privatmann entstehende Härte kann ja andererseits durch Ansprüche gegen den Bankier aus dem bestehenden Vertragsverhältnis wieder ausgeglichen werden.

IV. Wirkung der Vorschrift des § 367 HGB. auf den außervertraglichen Erwerb.

Nach dem Wortlaut des § 367 HGB. sind die darin gegebenen Vorschriften nur auf eine Veräußerung (oder Verpfändung) anwendbar, d. h. also: nur bei einem vertraglichen Erwerb eines Inhaberpapiers zu Eigentum findet § 367 HGB. Anwendung. Indirekt ist diese Vorschrift jedoch von gleicher Bedeutung und Wirkung für den Erwerb durch Ersitzung. Nach § 937 BGB. setzt die Ersitzung beweglicher Sachen guten Glauben voraus, d. h. den nicht grobfahrlässigen Glauben des Besitzers daran, Eigentümer geworden zu sein. Durch die Bekanntmachung des Verlustes eines Inhaberpapieres im Reichsanzeiger wird aber der gute Glaube des Bankiers ausgeschlossen, der Bankier ist also z. Zt. des Erwerbes des Eigenbesitzes bösgläubig und kann daher gem. § 937 BGB. niemals gutgläubig an einem als abhanden gekommen bekanntgegebenen Papier Eigentum ersitzen. Dabei ist gem. § 367 Abs. 2 HGB. zu beachten, daß seine Unkenntnis noch nicht einmal grob-fahrlässig verschuldet zu sein braucht, sondern daß schon leicht fahrlässige Unkenntnis der Veröffentlichung im Reichsanzeiger zur Begründung seines schlechten Glaubens genügt.

Der Begriff des guten Glaubens wird also nicht nur gegenüber § 932 BGB., sondern auch gegenüber § 937 BGB. verschärft. Was für die Vorschrift des § 937 BGB. gilt, gilt auch für die §§ 945, 1007 Abs. 3 Satz 1 BGB., wo der Begriff des guten Glaubens, falls es sich um einen Inhaberpapiere besitzenden Bankier handelt, ebenfalls nach § 367 HGB. zu bemessen ist. Die Vorschrift des § 367 HGB. läßt auch in diesen Fällen schon leichte Fahrlässigkeit zur Begründung des schlechten Glaubens eines Bankiers ausreichen.

LEBENSLAUF.

Als Sohn des Landwirts Heinrich Hoseus wurde ich, Heinrich Friedrich Hoseus, am 20. März 1905 in Monzingen a. d. Nahe geboren. Nach fünfjährigem Besuch der Volksschule besuchte ich die Realschule in Sobernheim und die Oberrealschule in Oberstein-Idar, die ich Ostern 1925 mit dem Reifezeugnis verließ. Ich studierte dann an den Universitäten Tübingen, Marburg und Göttingen. Am 21. November 1929 bestand ich am Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung und trat Anfang 1930 in den preußischen Vorbereitungsdienst ein.